بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة تمهيدية

تعريف الاثبات

الانسان كائن اجتماعى ، فهو بدافع غريزته وبداعى طبيعته لا يستطيع أن يعيش منعزلا ، وما عاش على هذا النحو قط . ومن ذلك كانت الجماعة أمرا لازما لعيش الانسان ، لا يمكنه الحياة بدونها .

والانسان عاجز بمفرده ، مستطيع بغيره ، ذلك أنه يعجز عن أن يشبع بمفرده جميع حاجاته ، فلابد له من أن يفيد من مجهودات غيره فى هذا السبيل . وطبيعته تدعوه الى أن يختلط بغيره ، فيشاركه فى المعيشة ، ويساهم معه فى النشاط ، ويتبادل معه النفع ، ومن ثم فحياة الانسان فى المجتمع عبارة عن أخذ وعطاء . وهو فى أخذه وعطائه قد تدفعه أثرة جامحة ، أو تغريه قوة طائشة ، الى الاستزادة مما له ، والتخلص مما عليه ولو بدون حق أحيانا ، فكان ذلك مثارا لمنازعات بين الافراد . ولو ترك الانسان حرا يسير على هدى غريزته ووحى فطرته لجرى فض هذه المنازعات عن طريق القوة الفردية ، ولالتهم القوى الضعيف ، ثم أتى دور القوى فى أن يلتهمه من يفوقه قوة وعنفا وبطشا . ولكن الجماعة وصلت الى ايجاد نظام يسودها ويضمن بقاءها ويمهد لتقدمها وازدهارها وارتقائها، وكان هذا النظام هو القانون الذى نشا بنشوئها ، والذى وجد لكى يبين لكل فرد ما له وما عليه وهكذا كان تنظيم الحياة فى الجماعة يقوم على أساس تقرير الحقوق والواجبات للاشخاص . لذلك امتنع على صاحب الحق عند المنازعة فيه أن يقضى به لنفسه ، وأصبح لزاما عليه أن يلجأ فى شأنه الى القضاء يلتمس منه فض النزاع وفقا للقانون . ذلك أن الدولة فى العصر الحاضر لا تبيح للافراد اقتضاء حقوقهم بأيديهم بالقوة بعضهم من بعض ، انما يجب على من يدعى حقا قبل آخر أن يلجأ الى الدولة لتمكينه من حقه أو لحمايته له . فنظام العدالة الخاصة قد انتهى ، والعدالة فى العصر الحاضر

اصبحت عملا عاما تستأثر الدولة بتنظيمه وممارسته . فالقضاء حق للدولة وواجب عليها ، ولذلك يعتبر سلطة من سلطاتها الاساسية (1) .

ويطلق على الهيئة التى تعهد اليها الدولة بالقضاء باسم القضاء ، فهذا اللفظ اذا يدل على الفعل وعلى الفاعل حسب مقتضى السياق (2) .

والبنية هى سلاح الخصوم فى معركة الخصومة القضائية حيث تتصارع المصالح وتتقارع المزاعم .

والبينة هى سلاح الخصوم فى معركة الخصومة القضائية حيث تصارع المصالح وتتقارع المزاعم .

والبينة هى الدليل او الحجة ، وهى مشتقة من البيان وهو الظهور والوضوح ومعناها البرهان الخاص الحاسم الذى يدعم دعوى المدعى ، ولذلك يقول الفقهاء البينة كاسمها مبينة (3) .

والاثبات لغة هو تأكيد الحق بالبينة (4) . وهو فى لغة القانون يعنى اقامة الدليل امام القضاء بالطريقة التى يحددها القانون لتأكيد حق متنازع

---

1) لقد ابقى المشرع استثناء على نظام العدالة الخاصة فى حالات معينة ، حيث اجاز الافراد القيام بالاجراءات المقتضية اتجاه خصومهم بغية تامين مصالحهم والوصول الى حقوقهم دون ما حاجة لمراجعة المحاكم .
ومن الامثلة فى التشريع المغربى على مثل هذه الحالات :
ا) الحق فى حبس الشىء (المادة 291 و 292 من قانون الالتزامات والعقود) .
ب) والامتناع فى العقود الملزمة للجانبين عن تنفيذ الالتزام ما لم يقم احد المتعاقدين اتجاه الاخر بتنفيذ ما التزم به (المادة 235 من قانون الالتزامات والعقود) .
ج) وحق الجار فى قطع جذور اشجار الجار الممتدة فوق ارضه بنفسه (المادة 135 من ظهير 19 رجب عام 1331) .
د) كما اجاز المشرع للافراد اللجوء الى التحكيم لحل المنازعات ذات الصفة المدنية التى تنشا فيما بينهم والتى لا علاقة لها بالنظام العام (الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية (الفصول من 306 الى 327) .

2) محمد حامد فهمى — اصول المرافعات — صفحة 12 — فقرة 11 .

3) مصطفى الزرقا — المدخل الفقهى العام — الجزء الاول — المجلد الثانى — صفحة 1046 فقرة 672 .
— البينة هى التى تظهر الحق وتجعل صاحبه يفيد منه (احمد نشات — رسالة الاثبات رسالة الاثبات هامش 1 صفحة 15) .
— البينة اسم لما يبين الحق ويظهره (ابن قيم الجوزية — الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية — صفحة 24) .

فيه له أثر قانونى ، لذلك كان الاثبات فى جوهره اقناعا للمحكمة بادعاء أو بآخر من جانب هذا الخصم أو ذاك .

ويعرف الفقه (5) الاثبات بأنه : « اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها » .

ويلاحظ ان بعض التشريعات قد قصرت لفظة « البينة » على شهادة الشهود فقط (6) . كما نلاحظ ان هذا النهج قد سار عليه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء (7) .

ومن التشريعات ما أطلقت « البينات » على كل وسائل اثبات الحق كالتشريع السورى والتشريع اللبنانى (8) . فى حين ان تشريعات أخرى قد اختارت لفظة « الاثبات » للدلالة على وسائل اثبات الحق كالتشريع المصرى والعراقى والمغربى .

من كل هذا يتضح لنا أن البينة أو الاثبات هى الوسيلة العملية التى يعتمد عليها الافراد فى صيانة حقوقهم كما أنها هى الاداة الضرورية التى يعول عليها القاضى فى التحقق من الوقائع القانونية . ذلك أن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب أحد الاشخاص أمام القضاء ان لم يصطحب بتقديم الدليل عليه الى القاضى فان هذا الاخير لن يكون ملزما بل انه لا يستطيع أن يسلم بصدق هذا الادعاء . فالحق له أركان ثلاثة هى طرفاه ومحله

---

4) يقال ثبت فى المكان يثبت ثباتا وثبوتا دام واستقر ، وثبت على الامر داومه وواظبه ، وثبت الامر عنده تحقق وتاكد ، وثبته تثبيتا واثباتا جعله ثابتا ، واثبت الحق اكده بالبينات .
الاثبات هو تأكيد حق متنازع فيه له اثر قانونى بالدليل الذى اباحه القانون لاثبات ذلك الحق (احمد نشات — رسالة الاثبات — الجزء الاول صفحة 15) .

5) السنهور الوسيط — الجزء الثانى — صفحة 13 — فقرة 10 .

6) المشرع المصرى كما هو ظاهر من نص المواد 400 الى 403 والمادة 704 من القانون المدنى .

7) جاء فى كتاب طرق الاثبات الشرعية للشيخ احمد ابراهيم صفحة 6 ان البينة فى كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهى اعم من البينة فى اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين او الشاهد واليمين .

8) قانون البينات فى المواد المدنية والتجارية الصادر بسوريا بتاريخ 10 — 6 — 1947 .
— عرف قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانى البينات فى المادة 129 بانها الوسائل التى يتوسل بها احد المتداعين لاقناع القاضى بوجود فعل يتولد عنه حق .

والحماية التى يسبغها القانون عليه (9) . والاثبات ليس ركنا من اركان الحق ذلك أن الحق قد يوجد دون أن تتوفر الوسيلة الى اثباته ومع ذلك فللاثبات أهميته العملية البالغة فالحق بالنسبة الى صاحبه لا قيمة له ولا نفع منه اذا لم يقم عليه دليل وكثيرون من الذين يخسرون دعاواهم وبالتالى حقوقهم لا لشىء الا لان الدليل يعوزهم .

وقد عبر الفقيه « أهرنج » عن هذا المعنى بعبارته المشهورة التى قال فيها : « ان الدليل هو فدية الحق » بمعنى ان تقديم الدليل من جانب صاحبه عبء عليه ان يحمله للحصول على حقه . فالحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل عليه . والدليل هو قوام حياة الحق ، ومعقد النفع منه . فلا حق حيث لا دليل يؤكده ، ولا دعوى حيث لا اثبات تستند اليه ، والدليل هو الذى يظهر الحق ويجعل صاحبه يفيد منه والحق بدون دليل يعتبر هو والعدم سواء (10) .

مما سبق يتضح لنا اهمية الاثبات ، ذلك انه فى المجتمعات الحديثة المنظمة ، حيث يسود القانون ويمتنع على الشخص ان يلجأ الى اقتضاء حقه بنفسه ، وحيث يلتزم ان يستعين فى ذلك بالسلطة التى تقوم لتحقيق حماية الحقوق لاصحابها وهى سلطة القضاء ، يجد كل صاحب حق نفسه اذا أراد المطالبة بحقه فى حالة تعرض هذا الحق لانكار من جانب الغير ، يجد نفسه مضطرا الى اقامة الدليل على وجود الحق الذى يطالب به ، حتى يمكنه الاستعانة بسلطات الدولة فى أعمال ما يكفله القانون من حماية . وبغير اقامة هذا الدليل لا يستطيع ان يرتكن الى هذه الحماية فيتعرض لفقدان كل ما يتضمنه حقه من مميزات ومنافع . ومن هذا يظهر انه فى مجال اعمال حماية الحقوق بمعرفة السلطة القضائية ، يستوى تعذر تقديم الدليل لاثبات حق موجود مع انعدام هذا الحق منذ البداية (11) .

---

9) القول بوجود الطرفين انما يكون فى الحقوق الشخصية دون العينية حيث يوجد طرف واحد هو صاحب الحق .

10) بلانيول — الموجز — الجزء الثانى رقم 2 الطبعة الرابعة الصفحة الاولى .

Un droit n'est rien sans la preuve de l'acte juridique ou du fait matériel d'où il dérive.

بلانيول — الجزء الثانى سنة 1931 ، رقم 1406 صفحة 741 .

La preuve seule vérifie le droit et le rend utile.

كابيتان — الجزء الاول — الطبعة الثالثة صفحة 91 .

Un droit dont on ne peut faire la preuve ne présente aucune utilité il est comme s'il n'était pas.

11) الاثبات فى المواد المدنية والجنائية لمؤلفه Raoul de la grasserie صفحة 18

ادوار الاثبات القضائي :

خضعت قواعد الاثبات عبر التاريخ لسنة التطور التي خضعت لها حقوق الناس ذاتها ، وتبعت في تطورها بوجه خاص حركة العلم والفن وما لاقته من تقدم وازدهار ، بفضل الاكتشافات والاختراعات ، كابتداع الكتابة والرسم والتصوير وتسجيل الصوت وفحص الدم وما شاكلها .

ويقسم الفقهاء الادوار التي مر بها الاثبات الى ثلاث :

1 ـ الدور الاول : وهو ما يسمونه عهد ما قبل القضاء ، وهو الوقت الذي سبق تأسيس القضاء . وهنا لا مجال للبحث عن بينات للحق ، لان الحق نفسه لم يكن له كيان محدد ومعروف ، وغالبا ما كان يندمج مع القوة ويحيا بها ، أو بعبارة أخرى كان الحق للقوة . ولم يكن هناك فرق بين ما نسميه الآن بالدعوى المدنية والدعوى العمومية ، فاذا شعر المرء باعتداء على نفسه أو على ذويه أو بغصب مال له أو لذويه ، كان يلجأ عادة الى الثأر دائما الاعتداء بمثله . اذ لا شرع ولا قضاء يعاقب الغاصب أو يردع المغصوب عن استعمال العنف والقوة في استيفاء الحق أو استرداد المسلوب .

ولما كان الفرد غير مستقل بحقوقه وواجباته لان شخصيته كانت مندمجة في شخصية الجماعة ، فان كل اعتداء على عضو من أعضائها كان يعتبر وكأنه واقع على الجماعة نفسها ، فتهب بأجمعها للاخذ بالثار ، كما انه اذا وقع اعتداء من أحد أفرادها على الغير فان افرادها يتحملون جميعا تبعة هذا الاعتداء ويتضامنون جميعا في المسؤولية قبل أسرة المجني عليه . فكل جماعة كانت تعيش على تضامن مشترك يجعل منها كتلة واحدة ايجابا وسلبا ، يشترك جميع اعضائها في الحقوق لكل منهم ان يطالب بحق أخيه أو بثأره ، ويلتزم كل منهم بمسؤولية اخيه فيتحمل تبعة فعله . ولم يكن للحق أو الواجب قوام بغير القوة ، فهي التي تنشئه وهي التي تحميه ، لان تقدير الحق أو الواجب كان مبنيا على قوة الخصم أو ضعفه لا فرق في ذلك بين أمر مدني وأمر جنائي ، بل كان كل اعتداء على حق جريمة ، لانه اهانة لصاحبه شأنه شأن الاعتداء على النفس أو على المال ، يدفع المعتدى عليه وعشيرته الى الانتقام ولم يكن ليمنع من الانتقام سوى العفو الذي كان لا يحصل الا بعد تسوية مادية انتهى أمرها أخيرا الى الجماعة .

2 ـــ الدور الثانى : وهو الدور الذى يسمونه بدور الاثبات عن طريق الدين (12) أو عهد الدليل الالهى (13) .

ويتسم هذا الدور بالتطور الكبير الذى طرأ على أذهـــان النـــاس ، والوعى والاحساس الذى أصبح يسود فى المجتمع الانسانى خلال هـــذه الحقبة . هذا التطور الذى يتمثل فى شعور الناس بوجود قوة عليا مهيمنـــة على الكون كله هى الله ، تكافىء على الخير وتجازى على الشر ، فتطلع الناس اليها يستمدون من فعلها دليلا على حق مغصوب أو مال مسلوب ، فوثقوا بأن من يتجرع السم ويسلم منه كان بريئا ، أو الذى يلقى بنفسه فى النهر أو يصب عليه زيتا أو ماء يغلى أو يضع لسانه على النار فانه ان كان بريئا فان الله يحميه . وكان البعض يجرب السم فى حيوان للخصم فاذا عاش اعتبر صاحبه بريئا والا فيعطى للخصم نفسه ، كما أنهم كانوا يلتجئون الى طريقة القسم فكان الظنين يؤدى يمينا مصحوبة بطلب الشر لنفسه ان كان كاذبـــا .

ثم جاء وقت رأى فيه الانسان أن لا يجنح الى الآلهة جنوحا كليا وان يعتمد على قوته مستمدا المعونة من الله ، فكان يطلب خصمه للنزال ولم يكن يستثنى من ذلك أحد حتى النساء ، وكان فى استراليا اذا اختلفـــت امرأتان فيما بينهما أمرهما زوجاهما بالنزال ، فان أبتا عوقبتا ، وكان النزال شائعا فى أوربا فى القرن الرابع عشر وكان الطرفان يحلفان قبله ، ومـــن أخطأ فى الصيغة خسر دعواه (14) .

3 ـــ الدور الثالث : وهو عهد الدليل الانسانى .

وهذا الدور يشهد برقى العقل البشرى وتقدمه الذى لم يعد يؤمـــن بالقوة كوسيلة للحصول على الحق ، ولا بالطرق التى كان يبتدعها الكهنة ، بل فضل الاثبات عن طريق الشهادة . ومن هذا يتضح لنا ان البينة بالشهادة هى اول وسيلة من وسائل الاثبات التى عرفتها البشرية ، ولكن المشكلـــة التى كانت تعوق البينة بالشهادة هى شهادة الزور ، أو الامتناع عن الشهادة أو عدم وجود شهود ، فكان يلجأ الى أخذ اعتراف ولو عن طريق التعذيـــب

---

12) ادوار عيد ـــ قواعد الاثبات فى القضايا المدنيـــة والتجاريـــة ـــ الجزء الاول ـــ صفحـــة 8 .

13) احمد نشات ـــ رسالة الاثبات فى التعهدات ـــ الجزء الاول ـــ صفحة 10 .

14) احمد نشات ـــ رسالة الاثبات فى التعهدات ـــ الجزء الاول صفحة 12 .

والعنف ، ولا يخفى العيب الذى يشوب طريق انتزاع الاعتراف عن طريق العنف اذ كان الحال ينتهى دائما بالمعذب الى الاعتراف بما نسب اليه سواء كان مذنبا أم بريئا .

ويذكر الدكتور عبد الوهاب حومد (15) ان روما القديمة فى عهد الاسلوب الاتهامى لم تشأ أن يكون للاعتراف نتائج قانونية حتى ان بعض الفقهاء المعاصرين يزعمون انه كان باطلا لانه (ظاهرة من ظواهر الجنون) غير أن الرأى الشائع انه كان للاعتراف قوة قانونية ولكن أمر تقديره كان متروكا للقاضى وهذا ما ذهب اليه (البيان) Ulpien والديجست ، وخاصة اذا كان الاعتراف منتزعا من الارقاء بواسطة التعذيب . أما فى عهد الاسلوب التفتيشى فان الاعتراف بلغ الاوج من الاعتبار واصبح (سيد البينات) ، ولكن عجز هذا الاسلوب عن اقناع القاضى بصورة مطلقة ، جعله يلجأ الى الاستجواب والتعذيب حتى يظفر باعتراف المدعى عليه (لاراحة وجدانه) كأنه ينتظر من هذا الاعتراف أن يصادق على صحة كل ما جمعه القاضى من شواهد على ادانة الفاعل أثناء تحقيقه بغية تبديد آخر الشبهات والشكوك ، ولا أدل على نظرتهم الى الاعتراف من هذا المقطع الذى كتبه الفقيه (جوس — Jousse) :

« ان اعتراف المدعى عليه بصورة حرة فى حضور الحكام بأنه مرتكب الجريمة التى يحاكم من أجلها بينة كاملة وبالتالى كافية للحكم عليه ، شريطة التحقق من وقوع الجريمة وليس أعدل من عقوبة تطبق على شخص يعترف بمحض ارادته ودون أى تعذيب انه الفاعل الحقيقى ، والواقع أن شهادة الشهود ناقصة لانها عرضة للاخطاء ، فى حين ان اعتراف الفاعل يظهر الحقيقة سافرة لانها مبنية على البداهة نفسها » .

من كل ما سبق تتضح لنا المراحل التى مر بها الاثبات عبر التاريخ ، هذه المراحل التى كانت مسايرة لتطور الانسانية وتقدمها فقد رأينا كيف كان الانسان فى طوره الاول مستندا الى القوة والعنف فكان قاضى نفسه . ثم رأينا الدور الثانى الذى هو دور العقيدة الذى كان يلجأ فيه الكهنة الى ضروب السحر والشعوذة . واستخلصنا فى الدور الثالث أن الانسانية بدأت تتدرج الى الادلة المفيدة كالشهادة وغيرها . والحقيقة انه باختراع المطبعة وانتشار التعليم بدأ الناس يلجأون الى الكتابة فى الاثبات وحصرت شهادة الشهود وقرائن الاحوال فى مجال ضيق ، وتهذبت اليمين ثم تطور الاثبات بالكتابة من الكتابة العرفية الى الكتابة الرسمية .

15) أصول المحاكمات الجزائية صفحة 342 .

التنظيم القانونى للاثبات وصـــوره :

نظرا لما يتطلبه الاثبات القضائى من قواعد خاصة فى تعيين من يقوم به ، ورسم الاجراءات التى يتم بها تقديم الادلة الى القضاء . فانه يبدو من الضرورى ان تخضع هذه المسائل لتنظيم قانونى ، لذلك فان كل نظـــام قانونى وكل تنظيم قضائى يقتضى حتما وجود نظام للاثبات . الا ان التنظيم القانونى للاثبات لا يتخذ صورة واحدة ، فقد يقتصر هذا التنظيم على رسم اجراءات تقديم الادلة الى القضاء ، تاركا تحديد ما يعتبر من الادلة ووزن قوة كل منها فى الاثبات الى سلطة القاضى التى تتضمن فوق ذلك حق توجيه الخصوم الى الدليل ، بل وقدرة القاضى على التحقق من صحة الوقائـــع المدعاة بنفسه . كما ان التنظيم قد يمتد فى صورة أخرى ليشمل كل مـــا يتعلق بالاثبات فيحدد الادلة التى يمكن تقديمها للاثبات ويعين بدقة قوة كل دليل منها ويلزم القاضى بأن يقف موقف الحياد المطلق فى معركة الاثبات .

والصورة الاولى من صور تنظيم الاثبات هى ما يسمى بمذهب الاثبات المطلق او الحر ، اما الصورة الثانية فهى مذهب الاثبات القانونى أو المقيد، ولكن أكثر الشرائع الحديثة تتبع فى التنظيم القانونى للاثبات مسلكا وسطا بين المذهبين السابقين وهى صورة يمكن أن يطلق عليها تسمية المذهـــب المختلط أو المعتدل فى الاثبات . ونتناول بالدراسة كل مذهب مـــن هـــذه المذاهب الثلاثة على حدة .

المذهب الاول : مذهب الاثبات الحر أو المطلق

وهو نظام للاثبات لم يكن يعرف غيره فى المجتمعات البدائية ، وهو يقتضى اطلاق حرية المتقاضين فى تقديم أى دليل ، كما يجعل للقاضى دورا ايجابيا فى البحث عن عناصر اقتناعه وقدرة على الاستناد الى أى وسيلـــة يتحقق منها هذا الاقتناع من استجواب الخصوم أو سماع الشهود أو حتى التحقق من الوقائع . وميزة هذا المذهب انه يجعل الحقائق القضائية التى يصل اليها القاضى فى حكمه مطابقة الى درجة كبيرة للحقائـــق الواقعـــة المتنازع فيها . ولكن يؤخذ عليه انه يعطى القاضى حرية واسعة تتجافى مع الاستقرار الواجب فى المعاملات ، لان الخصوم لا يعرفون ما اذا كـــان فى وسعهم اقناع القاضى لاختلاف القضاة فى التقدير ، مما يزعزع الثقـــة فى التعامل ، ولان القاضى قد يكون مغرضا فيحكم بما يهوى دون أن يكـــون عليه رقيب من القانون . وما زالت بعض القوانين الحديثة تتبع هذا المذهب فى تنظيم الاثبات كالقانون الالمانى والقانون السويسرى والقانون الانجليزى

والقانون الامريكي كما اعتنقه بعض رجالات الفقه الاسلامي (16) . اما في المواد الجنائية فان جميع التشريعات على الاطلاق تأخذ بهذا المذهب لان طبيعة هذه المواد لا تقبل تحديد طرق معينة للاثبات .

المذهب الثاني : مذهب الاثبات القانوني او المقيد

لقد رأت اكثر التشريعات القديمة في مرحلة تالية من مراحل تطورها ان تتفادى العيوب التي تشوب المذهب الاول وهو 'الاثبات المطلق او الحر عن طريق الحد من سلطة القاضي في تسيير الدعوى والفصل فيها وذلك بحصر وسائل الاثبات وتعيينها تعيينا دقيقا وتحديد قيمة كل منها ، بحيث لا يجوز بعد ذلك للخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الوسائل ، ولا يملك القاضي أن يجعل لايها قيمة أكثر أو أقل مما حدده القانون لها وكذلك بالزام القاضي بالوقوف من الدعوى موقف الحياد La neutralité du juge بحيث يمتنع عليه القضاء بعلمه الشخصي فلا يقضي الا بما يظهر له من اجراءات الدعوى المعروضة عليه ، ولا يجوز له أن يستجمع الادلة وانما يقتصر على ما يعرض عليه منها ولا يقضي بدليل قدمه أحد الخصمين الا بعد أن يمكن الخصم الآخر من مناقشته . فوصلت التشريعات بذلك الى ما يسمى بمذهب الاثبات القانوني او المقيد .

---

16) لقد ثار الفقيه ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للادلة في الاثبات تحديدا جامدا وتقيدهم بشهادة الشهود واخذهم بها دون القرائن . والادلة الاخرى ونادى بوجوب ترك الاثبات حرا « فاذا ظهرت امارات العدل واسفر وجهه باى طريق كان فثم شرع الله » قال في اعلام الموقعين : « ان الشارع في جميع المواضيع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي ادلة عليه وشواهد له ولا يرد حقا متى ظهر بدليله ابدا ، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على امر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غيره له في ظهور الحق او رجحانه عليه ترجيحا لا يمكن جحده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على راسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الراس يعدو اثره ولا عادة له بكشف راسه ، فبينه الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعي اضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل احد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ويضيع حقا يعلم كل احد ظهوره وحجته . بل لما ظن هذا في ظنه ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين ، وصار الظالم الفاجر ممكنا من ظلمه وفجوره فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم على بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده » . ثم قال في الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية : « فاذا ظهرت امارات العدل واسفر وجهه باى طريق كان فثم شرع الله ودينه والله سبحانه اعلم واحكم واعدل ان يخص طرق العدل واماراته واعلامه شيء ثم ينفي ما هو اظهر منها واقوى دلالة وابين اشارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها بموجبها بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق ان مقصوده اقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فاى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست بمخالفة له » .

وظاهر ان هذه الصورة من صور التنظيم القانونى للاثبات ان كانت تتيح للاشخاص تقدير مراكزهم فى المنازعات على ضوء ما يكون لديهم من ادلة مما يعتبر وسيلة الى ضمان الثقة وتحقيق الاستقرار فان ما تقوم عليه من جهود القواعد كثيرا ما يؤدى الى بعد ما يعتبر حقيقة أمام القضاء عن الحقيقة الواقعة ، كما ان من العيوب التى تشوب هذه الصورة من صور الاثبات ان موقف القاضى فى هذا النظام يكون سلبيا محضا اذ لا يجوز له ان يعمل من جانبه على اكمال ما فى أدلة الخصوم من نقص ، ولا ان يقضى بعلمه الشخصى، وانما يتعين عليه أن يكون حكمه على ضوء ما قدمه الخصوم من أدلة يقدرها فى الحدود التى رسمها القانون مما تصبح معه وظيفة القضاء آلية محضة .

والحقيقة ان هذا المذهب على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل يباعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر لكنها لا تصبح حقيقة قضائية الا اذا استطيع اثباتها بالطرق التى حددها القانون . وقد تغلب فى الفقه الاسلامى المذهب القانونى فى الاثبات فيجب فى الاثبات بالبينة شهادة شاهدين ولا يكتفى بشاهد واحد الا فى حالات استثنائية . واذا توافر نصاب الشهادة وجب الاخذ بها دون ان يكون للقاضى حرية فى التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة الى أخرى فى حدود مقدرة تقديرا يكاد يكون حسابيا (17) .

المذهب الثالث : مذهب الاثبات المختلط

والصورة الثالثة لتنظيم الاثبات هى الصورة التى تجمع من مبادىء المذهبين السابقين ، فلا تأخذ بالحرية المطلقة أو التقييد الكامل ، وانما تجعل لكل منهما مجالا فى قواعد الاثبات ، فتلزم القاضى فى الاصل بأن يقف موقف الحياد كما تحدد الادلة التى تقبل الاثبات أمام القضاء وتعين قوة بعضها فى الاثبات وتضع شروط الوقائع التى يجوز اثباتها ، ولكنها من ناحية أخرى تجعل للقاضى فى بعض الاحوال أن ينشط الى جمع الادلة على ما يريد معرفته من وقائع فيستجوب الخصوم أو يستعين بأهل الخبرة أو يستدل بشهادة الشهود من تلقاء نفسه . كما انها تكفل له سلطة فى تقدير قيمة الدليل الذى يستمد من بعض طرق الاثبات كالشهادة بل تجعل له أن يستنتج ثبوت واقعة غير ثابتة من واقعة أخرى ثابتة (القرائن القضائية)

---

17) السنهورى الوسيط الجزء الثانى صفحة 29 فقرة 23 .

وبذلك يتجنب هذا المذهب فى الاثبات ما يخشى من تحكم القاضى فى مذهب الاثبات الحر أو المطلق ، وجمود القواعد وما قد تؤدى اليه من الظلم فى مذهب الاثبات المقيد ، بالمزج بين خصائص النظامين فى نظام واحد مما يبرر تسميته بالمذهب المختلط .

وهذا الطريق الوسط اى مذهب الاثبات المختلط هى الطريق التى تتبعها جميع الشرائع اللاتينية . وقد اتبعها ايضا قانون الالتزامات والعقود المغربى والقانون المصرى والقانون السورى والقانون اللبنانى واكثر القوانين العربيـــــة .

ويلاحظ الفقه على هذا المذهب ملاحظتين اساسيتين :

1 ــ ان اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل الى حد يجعل للادلة قوة قطعية فلا تزال للادلة فيه حجة ظنية ، ولا تزال الحقيقة القضائية هى مجرد احتمال راجح Idée de probabilité وليست حقيقة قاطعة ولابد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة ، لان اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الاثبات مقفلا أمام القاضى .

2 ــ إن المذهب المختلط يتفاوت فى نظام قانونى عنه فى نظام آخر فهو يضع من القيود على حرية القاضى فى تلمس الدليل قليلا أو كثيرا على قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونية ، فمن النظم ما تقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة ومنها ما يزيد فى القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتباريـــن فى كفتى الميزان حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى (18) .

الاثبات القضائى والاثبات العلمى والتاريخى :

الاثبات القضائى هو الذى يعنى اقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التى يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه ، اما الاثبات العلمى (19) فهو الذى ينصب على أمر من الامور ويقوم البرهان عليه باية وسيلة ومن أى طريق ويساهم فيه كل من يريد من الافراد وتظل الحقيقة العلمية بعد

18) السنهورى الوسيط الجزء الثانى صفحة 30 .

19) عبد المنعم فرج الصدة ــ الاثبات فى المواد المدنية صفحة 5 .

هذا قابلة للنظر والنقاش على وجه الدوام . ومن هذا يبدو لنا الفارق واضحا بين الاثبات العلمي والاثبات القضائى فهما يشتركان فى أن كلا منهما ينطوى على تقصى حقيقة أمر من الامور ، ولكنهما يختلفان فيما عدا ذلك ، فالباحث عن الحقيقة العلمية له كل الحرية فى بحثه عن هذه الحقيقة بينما القاضى يتقيد بعناصر الاقتناع التى تقدم له فى القضية المعروضة ، ولكل من يعنيه الامر من الافراد ان يشترك فى البحث العلمى ، فى حين ان القاضى يمتنع عليه بحسب الاصل أن يساهم فى جمع الادلة فى الدعوى المعروضة عليه ، والحقيقة العلمية تبقى أبدا محل بحث واستقصاء . أما الحقيقة القضائية التى يصل اليها القاضى فتعتبر صحيحة بصفة نهائية . وهذا الاختلاف بين نوعى الاثبات مرده الى اختلاف الغرض من كل منهما ، فالاثبات العلمى ينشد الحقيقة المجردة بينما يرمى الاثبات القضائى الى الفصل فى نزاع بين طرفين على حق يدعيه كل منهما ، ولابد فى مجتمع منظم أن يكون هنالك حد لهذا النزاع حتى لا تتأبد الخصومات ويستقر التعامل .

هذه التفرقة بين نوعى الاثبات تلقى الضوء على قيمة الحقيقة القضائية التى ينتهى اليها القاضى فى حكمه ، فالغاية العملية للاثبات القضائى وهى قصد فض المنازعات التى تقوم حول الحقوق وتحقيق الاستقرار فى المجتمع تفرض الاكتفاء بالحقيقة النسبية اى التى تقوم على الظن الراجح ، ذلك أن السعى الى الحقيقة المطلقة يوجب فتح باب الاثبات الى غير نهاية حتى تتبين هذه الحقيقة مما لا يتفق مع الرغبة فى حسم المنازعات بين الافراد . فاذا ما تم الفصل فى نزاع على حق من الحقوق على أساس ما تقدم للقضاء من أدلة واستنفذ المتنازعون كل ما رتبه لهم القانون من درجات للتقاضى عدت الحقيقة التى يقررها الحكم الفاصل فى النزاع حقيقة نهائية لا يجوز لاى من المتنازعين العودة الى التشكيك فيها امام القضاء ولو ملك من الادلة ما ينفى صحتها . الا أن غاية المنازعات بين الافراد ذاتها لا تقتضى ان تفرض هذه الحقيقة على الكافة بل تتحقق بقصر فرض صحتها على أطراف النزاع ومن هذا تبدو نسبية الحقيقة القضائية .

ومن ناحية أخرى فان هذه الغاية تجعل الاثبات أمام القضاء أمرا لا معنى له اذا لم يقم نزاع يكون الاثبات المطلوب وسيلة الى الفصل فيه على خلاف الحال بالنسبة للحقيقة العلمية التى لا يمنع التسليم بها من معاودة البحث فى صحتها كما أسلفنا .

كما انه يترتب على ارتباط الاثبات القضائى بتنظيم السلطة القضائية خضوعه لقواعد وقيود تنتج من هذا التنظيم ، منها مثلا ما يتصل

بتحديد موقف القاضي حيال الاثبات ، فالتنظيم القضائى يفرض على القاضي أن يكون موقفه فيما يدور أمامه من الاثبات سلبيا فى الاصل ويجعل منه فى أغلب الاحوال حكما يقوم بوزن الادلة المتعارضة التى يقدمها اليه المتقاضون فلا يشارك أطراف النزاع فى تقديم الادلة ولا يقضي فى خصومة الافراد بما يعلمه هو عن حقيقة النزاع وهذا هو ما يسمى بمبدأ حياد القاضي .

كما أن تنظيم العمل أمام القضاء يستلزم أيضا تحديد اجراءات تقديم الادلة المختلفة ، بل ان المشرع قد يجد فى تحديد الوسائل التى تقبل الاثبات أمام القضاء فى المواد المدنية وتعيين قوة كل دليل منها ضمانا لحقوق الافراد .

يخلص من كل ما سبق ان الحقيقة القضائية هى ما يثبته القاضي فى حكمه نتيجة لتحريه حقيقة الواقع ويكون حظها فى مطابقة الواقع بقدر ما يكون للقاضي من سلطة فى البحث والتحرى وهذه تبلغ أقصاها فى مذهب الاثبات المطلق ، غير انه حتى فى هذا المذهب يبقى ان القاضي بشر وان وسائله محدودة ، ان علم شيئا غابت عنه أشياء ، ولا يبعد ان يخطىء التقدير فيقضى بما يخالف الواقع وهذا أول سبب من الاسباب التى يمكن أن تؤدى الى مغايرة الحقيقة القضائية للواقع .

اما فى مذهب الاثبات المقيد فيزداد احتمال بعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعة بسبب تقيد القاضي بالدليل القانونى ، فاذا كان محل النزاع مثلا عقدا معينا مما يتطلب القانون ان يكون اثباته بالكتابة وعجز المدعى عن تقديم الدليل الكتابى حكم القاضي بعدم ثبوت هذا التعاقد حتى ولو كان يعلم هو بحصوله أو كان يستطيع أن يعلم ذلك عن طريق آخر كشهادة شخص يثق به ثقة خاصة .

ويعالج المذهب المختلط ذلك الى حد ما بأن يرخص للخصم العاجز فى مثل هذه الحالة عن تقديم الدليل القانونى فى أن يوجه الى خصمه اليمين الحاسمة أملا فى استخلاص دليل له من نكول ذلك الخصم اذا نكل ، وفى أن يطلب استجواب خصمه لعله يستدرجه بذلك الى الاقرار .

على أنه مهما بلغت وسائل تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعة فان القضاء على احتمال تباينهما مستحيل . ولذلك كان لابد من اعتبار الحقيقة القضائية حقيقة نسبية لا مطلقة أى أنها لا تعتبر حقيقة الا بالنسبة الى طرفى الخصومة التى فصل فيها الحكم وفيما يتعلق بالموضوع

الذى فصل فيه دون غيره ولكنها فى هذا الحيز المحدود تعتبر حقيقة ثابتة لا يجوز تجاهلها أو نقضها وفى هذا تكون قوة الحقيقة القضائية أو حجية الشىء المحكوم به أو حجية الامر المقضى .
« Autorité de la chose jugée »

قواعـــد الاثبـــات قواعد موضوعيـــة وقواعـــد اجرائيـــة

ليست قواعد الاثبات كلها من طبيعة واحدة فبعضها قواعد تتعلـــق بالتنظيم الموضوعى ، والبعض الآخر تتعلق بالشكل والاجراءات . ولقد كان هذا سببا فى اختلاف التشريعات على المكان الذى يضم هذه القواعد . فمن التشريعات ما يفرد لقواعد الاثبات تشريعا مستقلا كالقانون الانجليـــزى والقانون الامريكى والقانون السورى . ومنها ما يضع هذه القواعد فى تقنين المرافعات كالقانون الالمانى . وفريق منها يفرق بين القواعد الموضوعيـــة وقواعد الاجراءات ، فيجعل مكان الاولى فى التقنين المدنى ، ويجعل الثانية فى تقنين المرافعات . وهذا هو مذهب التشريعات اللاتينية كالتقنين الفرنسى والتقنين الايطالى والتقنين البلجيكى والمشروع الفرنسى الايطالى الـــذى اخذ به التشريع المصرى (20) وكذلك القانون المغربى .

والسؤال الذى يتبادر الى الذهن فى هذا المجال هو البحث عـــن طبيعة قواعد الاثبات أهى قواعد موضوعية ، يجدر بها ان تتخذ مكانها فى القانون المدنى . أم هى قواعد شكلية يجب ان يتضمنها قانون المرافعات ، وقبل الاجابة عن هذا السؤال يجب ان نعرف معنى القواعد الموضوعية فى الاثبات ، ومعنى قواعد الاجراءات أو القواعد الشكلية .

فالقواعد الموضوعية فى الاثبات هى التى تحدد محل الاثبات ومن يقع عليه عبئه ، وطرقه وقيمة كل طريقة منها ، والاحوال التى يتخذ فيها كل من هذه الطرق ، والتقنين المدنى هو المكان الطبيعى لهذا النوع من القواعـــد حيث أوردها المشرع المغربى فى القسم السابع من الكتاب الاول مـــن قانون الالتزامات والعقود .

اما قواعد الاجراءات أو القواعد الشكلية فهى التى تحدد الاجراءات التى تتبع فى اقامة الادلة عندما يكون النزاع معروضا على القاضى ، وبذلك

(20) مجموعة الاعمال التحضرية للقانون المدنى ـ الجزء الثالث ـ الصفحة 347 ـ 349 .

يشملها تقنين المرافعات حيث أوردها المشرع المغربي تحت عنوان « في اجراءات التحقيق » وذلك في الباب الثالث من القسم الثالث من قانون المسطرة المدنيـــــة .

وقد قال بعض الفقهاء انه كان من الواجب منطقيا أن يكون الاثبات من مواضيع قانون المرافعات لانه لا يلجأ اليه الا عند المخاصمات ، كما اكد البعض الآخر بأن وضع الدليل في القانون المدني هو وضع للشيء في محله، لان الدليل جوهري بالنسبة للحق والحق بلا دليل لا قيمة له كما تقدم القول. واستندوا في قولهم هذا الى ان عدم وجود الدليل يجعل الحق نفسه في حكم العدم أو غير موجود أصلا ، وان الدليل لا يتخذ دائما بقصد الالتجاء بـــه للمخاصمة ، وقانون المرافعات خاص بالمخاصمات ، وان شروط صحـــة العقد وبيان أثره القانوني وقوته بالنسبة للطرفين وبيان نوع الدليل اللازم لكل حق من خصائص القانون المدني . وان اجراءات الدليل لا حاجة لنا بها الا عند المخاصمة الامر الذي يجعلها تابعة بطبيعتها لقانون المرافعات كبيان الوقائع المراد اثباتها وكيفية التحقيق وسماع الشهود وتعيين الخبراء .

ومن الفقهاء ما يحبذ فكرة جمع قواعد الاثبات سواء منها الموضوعية او الشكلية في تقنين المرافعات كما فعل القانون الالمانـــي والقانـــــون السويسري . ويذهب الاساتذة كولان وكبيتان ودى لامور نديير الى هـــذا الرأى . وقد جاء في المذكرة الايضاحية (21) لمشروع التقنين المدني المصري الجديد في هذا الصدد ما يأتي :

« والواقع انه يتضح من استظهار تبويب التقنيات المختلفة ومقابلة كل منها بالآخر ان الاثبات والشهر لا ينزلان منها مكانا واحدا ، فبعض هذه التقنينات يفرد لهما مكانا في تقنين المرافعات وبعض آخر يفرق هذه الاحكام بين التقنين المدني وتقنين المرافعات .

ويقوم مذهب الفريق الاخير من التقنينات على التفريق بين طائفـــة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعي وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والاجراءات ، ويلحق الاولى بالتقنين المدني ويقرر للثانية مكانا في تقنيـــن المرافعات ، وتشتمل الطائفة الاولى على الاحكام المتعلقة بمحل الاثبـــات وبيان من يقع عليه عبئه ، وتفصيل طرقه واحوال اعمال كل من هذه الطرق. وغني عن البيان انه يقصد من هذه الاحكام بوجه عام الى اتقاء المنازعات

---

21) مجموعة الاعمال التحضيرية ــ الجزء الثالث ــ الصفحة 347 ــ 348 .

وتأمين ما ينبغي للتعامل من استقرار ولعل هذا الغرض الوقائى بذاته هو أبرز ما ينهض لتوجيه وضعها فى نصوص التقنين المدنى باعتبـاره الاصـل الجامع للمبادىء العامة فى القانون . أما ما يتعلق من الاحكام باعمال طرق الاثبات فهي يتصل بناحية الشكل والاجراءات ولاسيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهى ان مثل هذه الاحكام أخص نطاقا مـن الاحكام الموضوعية ، وهى تتسم على وجه الافراد بطابع قضائى يجعـل خطابها ينصرف بوجه خاص الى من يعهد اليهم بتطبيق القانون والفصل فى المنازعات ، فأخلق لها والحال هذه ان تحل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والاجراءات صعيدا واحدا فى تقنين المرافعات » .

ويذكر لاستاذ السنهورى (22) بأن سلامة النظر فى هذه المسألـة تقضى بتخطى الشرائع التى تضع قواعد الاثبات بناحيتها الموضوعيـة والشكلية فى تقنين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها فى التقنين المدنى تغليبا للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلتئم شملها وقد توزع بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات كما تقضى بذلك كل طائفة من هذه القواعد وقد تنفرد بمكان خاص تنعزل به عن سائر التقنينات حتى لا تطغى ناحية من الناحيتين على الاخرى ، ولكن ان يستقل بها جميعا تقنين المرافعات فهذا ما لا وجه للنظر فيه » .

والواقع انخيرموضع لقانون البينات هو وضعها فى مجموعة واحدة مستقلة ، اى ان هذه المجموعة تجمع بين دفتيها كل القواعـد المتعلقـة بالبينات سواء منها الشكلية أو الموضوعية وهذا من شانه الا يجعل هـذه القواعد مبعثرة بين القانون المدنى وقانون المرافعات ذلك ان القانـون المدنى يضم مع القواعد الموضوعية طائفة من لاجراءات التى يجـب أن يكون موضعها فى قانون المرافعات ، كما ان قانون المرافعات يحوى قواعد يجب أن تكون فى القانون المدنى . وهذا ما جنح اليه المشرع السورى فى القانون رقم 395 بتاريخ 1947/6/10 حيث جمع بين دفتى هذا القانون جميع القواعد والاجراءات المتعلقة بالبينات المدنية والتجارية .

والحقيقة ان توزيع قواعد الاثبات بين القانون المدنى وقانون المسطرة المدنية فى القانون المغربى ، هو الذى دفع بنا الى اختيار هذا الموضـوع بالذات ، حتى نيسر بهذه الدرسة المتواضعة لجميع رجالات القانـون الرجوع الى قواعد الاثبات ، ليجدوا أحكامها مفصلة ومبسطة سواء منهـا

(22) الوسيط ــ الجزء الثانى ــ صفحة 18 فقرة 13 .

الموضوعية أو الشكلية . اذ اننا نجد كما سبق لنا البيان ان المشـــرع المغربى قد أورد الاحكام الموضوعية لوسائل الاثبات فى القسم السابـــع من الكتاب الاول من قانون الالتزامات والعقود . كما أنه أورد القواعــــد الشكلية أو قواعد الاجراءات ، تحت عنوان « فى اجراءات التحقيق » وذلك فى الباب الثالث من القسم الثالث من قانون المسطرة المدنية ، ومحاولتنا فى هذه الدراسة تقتضى منا جمع هذه القواعد الواردة بـــين دفتى قانـــون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية . ونحن نأمـــل اذا ما جنـــح المشرع المغربى الى اعادة النظر فى هذا الموضوع ، ان يقتفى أثر المشرع السورى ، وذلك بوضع قواعد الاثبات بصفة عامة ـــ الموضوعية منهـــا والشكلية ـــ فى قانون مستقل لتيسير الرجوع أليه ، وذلك لدفع كل التباس أو غموض يمكن أن يكون سببا فى عدم تطبيق النصوص بالكيفية التى أراد المشرع بها ضمان حقوق الافراد والمتقاضين .

خطـــة البحـــث :

بعد هذه المقدمة التمهيدية التى توخينا فيها التعريف بالاثبات وأهميته العملية ، والادوار التى مر بها عبر التاريخ ، ثم بيان أنواع الاثبات والتمييز بين الاثبات القضائى والاثبات التاريخى والعلمى ، ثم تخصيص فقرة لدراسة التنظيم القانونى للاثبات ومختلف صوره أو مذاهبه ، ثم تحديد المقصـــود بقواعد الاثبات الموضوعية منها والشكلية ، ثم أخيرا عرض أهمية اختيارنا لهذه الدراسة لتكون موضوع هذا الكتاب .

وقبل أن نتعرض لدراسة وسائل الاثبات فى التشريع المدنى المغربى، نرى أنفسنا ملزمين بتخصيص الباب الاول لنلقى نظرة فيه على المبـــادىء الاساسية لوسائل الاثبات ، حتى نتبع بذلك نفس النهج الذى سار عليـــه قانون الالتزامات والعقود ، حيث خصص الباب الاول من القسم السابع من الكتاب الاول المعد للاثبات لاستعراض الاحكام العامة التى تخضع لها كل وسائل الاثبات .

وبعد انتهائنا من معالجة القواعد العامة لوسائل الاثبات ، ننتقل الى دراسة هذه الوسائل بتفصيل وذلك فى الباب الثانى .

الباب الأول

القواعـد العامـة لوسائل الاثبـات

تستلزم دراسة القواعد العامة لوسائل الاثبات تحديد هدفه ، وبيان الشروط الواجب توافرها فى الواقعة لتصلح محلا للاثبات ، كما ان ضرورة كفالة حق كل خصم فى ابداء دفاعه تجعل من الاثبات حقا بجانب كونه واجبا وهذا هو الحق فى الاثبات .

واذا كان الهدف الذى يرمى اليه الخصوم من الادلة التى يقدمونهـا لاثبات ادعاءاتهم أمام القضاء هو اقناع القاضى بصحة ما يدعونه ، فـان القانون يضع القواعد التى تنظم تحمل كل منهم بنصيبه فى الاثبات ، اى ينظم حملهم لعبء الاثبات .

كما أن المشرع قام بحصر الادلة التى يجوز استخدامها للاثبات أمام القضاء أى ان المشرع قد حدد طرق الاثبات .

من كل هذا يرتسم أمامنا منهاج بحثنا لهذا الباب الاول المخصـص لدراسة القواعد العامة لوسائل الاثبات ، وهى ستكون على النحو الآتى :

الفصل الاول : محـل الاثبات

الفصل الثانى : عبء الاثبـات

الفصل الثالث : طـرق الاثبـات

الفصل الاول

محل الاثبات

عرفنا الاثبات بأنه اقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية . وهذه الآثار اما أن تكون نشوء حق جديد ، واما أن تكون انقضاء حق قائم ، أو انتقاله من شخص الى آخر وهى تترتب بقوة القانون على أمور معينة تسمى وقائع قانونية .

ورغم ان هذا الاثبات هو التدليل على وجود الحق فان الحق ذاته لا يكون محلا للاثبات ، ذلك أن ثبوت حق شخص من الاشخاص لا يتحقق الا اذا توافر لمصلحته سبب من الاسباب المنشئة للحق ، اى واقعة قانونية يرتب عليها القانون هذا الحق . فاذا اراد شخص اثبات حقه كان عليه أن يثبت الواقعة التى تعتبر مصدرا له ولذا فمحل الاثبات هو الواقعة لا الحق.

فمحل الاثبات ليس اذن هو الحق المدعى به بل هو المصدر الذى ينشىء هذا الحق . والمصادر التى تنشىء الحقوق أيا كانت لا تعدو أن تكون اما تصرفا قانونيا Acte juridique وأما واقعة قانونية Fait juridique (1)

واذا ما ثبتت الواقعة التى يجعلها القانون مصدرا للحق فان المكلف بالاثبات لا يلتزم بان يثبت حكم القانون فى ربط نشوء الحق بوجودها ، أى لا يكلف باثبات القاعدة القانونية . فاذا ادعى شخص بأن حيوانا فىحراسة الغير أحدث له ضررا وطالب بالتعويض عن هذا الضرر ، وقدم الدليل على وقوع الضرر بفعل الحيوان لا يكلف بعد هذا باثبات التزام حارس الحيوان بتعويض الاضرار ، أى اثبات حكم القانون الذى يقرر ذلك لانه يفترض فى القاضى ان يكون عالما بالقانون . ولكن هذا لا يعنى ان اثبات القواعد

---

(1) جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى (الاعمال التحضيرية الجزء الثالث صفحة 349) « ان الجوهرى فى هذا الصدد هو ان الاثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدرا للحق او الالتزام دون هذا الالتزام او ذلك الحق » .

القانونية لا يعرض على الاطلاق أمام القضاء ذلك ان الخصوم ووكلاءهم من المحامين كثيرا ما يتعرضون دون أن يكونوا ملزمين بذلك لاثبات القاعـــدة القانونية خصوصا اذا كانت محل خلاف ، بل ان الخصوم يلتزمون استثناء باثبات حكم القانون فى الاحوال الاتية :

1 ـــ اذا كانت القاعدة الواجبة التطبيق قاعدة عرف محلى . فافتراض علم القاضى بالقانون اذا كان لا يفرق فيه بين القاعدة التشريعية والقاعدة العرفية ، فان ذلك مشروط بأن يكون العرف عاما لا محليا ، فان كان محليا كان حكمه من حيث تكليف الخصوم باثباته حكم الواقعة القانونية . فالعرف قانون غير مكتوب وقد يكون من العسير على القاضى أن يحيط به ، ولهذا فان من مصلحة الطرف الذى يتمسك به ان يقوم باثباته . كما ان القاضـــى يستطيع ان يطلب منه هذا الاثبات ولكن ليس من شأن هذا الاثبات ان يجعل العرف فى منزلة الواقعة التى تفتقر الى الاثبات ، وآية ذلك ان القاضى اذا كان يلم بالعرف فانه يأخذ به من تلقاء نفسه ، واذا لم يكن ملما به كان فى وسعه ان يأخذ به متى اقتنع بوجوده بأية وسيلة وفى أية حالة كانت عليها الدعوى دون ان يتقيد فى هذا بالاوضاع التى يخضع لها اثبات الوقائع (2).

غير أن العرف اذا كان محليا فان افتراض علم القاضى به يصبح غير معقول وبالتالى يكون على الطرف الذى يستند اليه ان يثبته وفى هذه الحالة يأخذ العرف حكم الواقعة التى يتعين اثباتها فيكون أمر التثبت من قيامـــه متروكا للقاضى فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، اما تطبيق هذا العرف بعد ان ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض .

2 ـــ اذا كانت القاعدة متضمنة فى عادة اتفاقية لم ترق بعد الى مرتبة القاعدة القانونية العرفية . ذلك ان التزام طرفى الاتفاق بها لا يقوم الا على أساس اتجاه ارادتهم الى ذلك صراحة أو ضمنا وبذلك تكون العادة بمثابة شرط فى الاتفـــاق .

3 ـــ اذا كانت القاعدة الواجبة التطبيق قاعدة قانون أجنبى تقضـــى قواعد الاسناد بتطبيقها ، (وذلك طبقا لما تذهب اليه أحكام القضاء الفرنسى وتتبعها فيه أحكام القضاء المصرى) . وان كان اغلب الفقه يرى على العكس ان الخصوم لا يكلفون باثبات القانون الاجنبى لان القانون يلتزم القاضـــى

(2) « جينى » طرق تفسير ومصادر القانون الخاص ». الجزء الاول نبذة 118 صفحة 352 ـــ السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت أصول القانون صفحة 88 .

بتطبيقه ولذلك فهو يلتزم بمعرفته . ولكن بعض الفقه يرى بحق انه يجب الا يكلف القاضى بالمستحيل فلا يفترض علمه بالقانون الاجنبى الا اذا هيئت له وسيلة رسمية لهذا العلم .

ويذكر الاستاذ السنهورى (3) فى هذا المجال « ونحن مع ذلك لا نتردد فى اعتبار تطبيق أحكام القانون الاجنبى مسألة قانون لا مسألة واقع فان القاضى اذا أمره قانونه الوطنى بتطبيق أحكام قانون أجنبى وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الاجنبى بالنسبة الى القضية التى يطبق فيها هذه الاحكام جزءا من قانونه الوطنى فعليه اذن ان يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الاجنبى الواجب التطبيق فى هذه القضية ، وله أن يصدر فى هذه الاحكام عن علمه الشخصى . ولا يجوز له ان يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الاجنبى بدعوى عدم امكان الاهتداء اليها والا عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة . بل ويكون فى تطبيقه لاحكام القانون الاجنبى ، كما هو فى تطبيقه لقاعدة الاسناد التى أمرته بتطبيق هذه الاحكام خاضعا لرقابة محكمة النقض. وتفسر هذه المحكمة القانون الاجنبى لا طبقا لرأيها الشخصى بل وفقا لما تفسره به محاكم البلد الذى ينسب اليه هذا القانون ، وبخاصة المحكمة العليا فيها ، ونحن انما نذهب الى هذا الراى لانه لا يصح ان تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعا سواء كان هذا القانون قانونا وطنيا أو كان قانونا أجنبيا يأمر القانون الوطنى بتطبيقه فيصبح جزءا منه فى حدود هذا التطبيق ».

ويذكر الفقه (4) فى هذا الموضوع ان مبدأ تطبيق القانون الاجنبى مستمد من أحكام القانون الدولى الخاص التى يعتمدها القانون الداخلى ، وهو بالتالى مسألة قانون لا واقع ، وان تطبيق القانون الاجنبى قد يطلبه أحد الخصوم صاحب المصلحة ، على ان يتوجب على القاضى تطبيقه من تلقاء نفسه ، اذا تبين له من وقائع القضية ، وعملا بمبادىء القانون الدولى الخاص ان موضوع الدعوى يخضع لاحكام القانون الاجنبى .

واما اثبات مضمون القانون الاجنبى فيعتبر مسألة واقع ويكون على الخصم صاحب المصلحة فى الاصل عبء هذا الاثبات ، وتقبل فى هذا الشأن مختلف الادلة . ولكن يجب على القاضى الا يقبل منها الا ما هو جدير بالثقة ويعود للقاضى انيتحقق بنفسه من وجود القانون الاجنبى ، ومن مضمونه

3) الوسيط ــ الجزء الثانى ــ صفحة 55 .
4) ادوار عيد ــ قواعد الاثبات فى القضايا المدنية والتجارية ــ صفحة 34 فقرة 19 .

بالطرق التى يراها مناسبة . والواقعة لا تصلح لان تكون محلا للاثبات الا اذا استجمعت الشروط التى سنبينها بتفصيل فى المبحث الاول .

وبما أن ضرورة كفالة حق كل خصم فى ابداء دفاعه ، تجعل من الاثبات حقا بجانب كونه واجبا ، فاننا سنخصص المبحث الثانى لدراسة الحق فى الاثبات .

المبحث الاول

شروط الواقعة محل الاثبات

الشروط التى يستلزمها القانون فى الواقعة محل الاثبات يقصد بها استبعاد كل واقعة لا يكون اثباتها مجديا فى تحقيق هدف الاثبات ، كما تهدف الى استزام كون الواقعة محددة ومتعلقة بالحق المنازع فيه ، وأن تكون جائزة القبول .

ولقد نصت المادة (403) من قانون العقود والالتزامات على ما يلي :

« لا يجوز اثبات الالتزام :

1) اذا كان يرمى الى اثبات وجود التزام غير مشروع أو التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه .

2) اذا كان يرمى الى اثبات وقائع غير منتجة » .

وواضح من هذه المادة ان المشرع يستلزم فى الواقعة المراد اثباتها ان تكون مستهدفة اثبات وجود التزام مشروع غير مخالف للنظام العام وحسن الآداب . كما انه يستلزم ان تكون الواقعة محل الاثبات متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها . الا ان هنالك شرطين آخرين للواقعة المراد اثباتها هما :

1) أن تكون هذه الواقعة محل نزاع .

2) وان تكون محددة .

والشرط الاول مرتبط بوظيفة الاثبات القضائية كوسيلة لفض المنازعات اما الثانى فتحتمه ضرورة كون الواقعة المدعاة قابلة للاثبات وهى لا تكون كذلك الا ان كانت محددة .

من كل هذا يتضح لنا ان الشروط التى يستلزم القانون توافرها فى الواقعة محل الاثبات هى :

1) ان تكون الواقعة محل نزاع .

2) أن تكون الواقعة محددة .

3) أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المنازع فيه .

4) أن تكون الواقعة منتجة فى الاثبات .

5) أن تكون الواقعة جائزة القبول .

ونتكلم عن كل شرط من هذه الشروط وذلك فيما يلى :

اولا : ان تكـون الواقعـة محـل نـزاع :

وهذا شرط تقتضيه وظيفة الاثبات امام القضاء كوسيلة لفض المنازعات فان لم تكن الواقعة المدعاة محل نزاع لم تعد هناك حاجة لاستلزام اثباتها ، وعلى ذلك لو أقر بها الخصم لم تعد محلا للاثبات ، ولا يكون للقاضـى أن يناقش ثبوتها أو عدم ثبوتها ، ذلك ان عمل القاضى ينحصر فى نظر ما هو متنازع فيه ، فالواقعة المسلم بها من طرفى الخصومة لا يجوز للقاضى ان يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه . فاذا اعترف شخص بأن الارض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه يملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الارض وقضت بعدم كفايتها لاثبات الملكية كان حكمها مخالفا للقانون (5) . واذا اغفل الحكم اعترافـا صادرا من المدعى عليه بواقعة جوهرية يدعيها المدعى دون ان يبين علـة اغفاله واعتبر المدعى عاجزا عن اثبات تلك الواقعة مع تسليم الخصم بها كان قاصرا وتعين نقضه (6) .

---

5) نقض مدنى مصرى فى 23 نوفبر 1933 (مجموعة القواعد القانونية الجزء الاول : صفحة 260 رقـم 143) .

6) نقض مدنى مصرى فى 9 مارس 1950 مجموعة أحكام محكمة النقض 1 — 324 — 82 .

ثانيا : ان تكون الواقعة محددة :

يشترط فى الواقعة المراد اثباتها ان تكون محددة . وهذا الشـــرط بديهى لان الواقعة غير المحددة يستحيل اثباتها ، ويجب أن يكون تحديـــد الواقعة كافيا حتى يمكن التحقق من ان الدليل الذى سيقدم يتعلق بهـــا لا بغيـــرهـــا .

من هذا يبين لنا ان الواقعة غير المحددة تبدو مستحيلة الاثبات ولذا يجب الا يسمح للشخص بأن يثبت واقعة اذا لم تكن محددة حتى لا يضيـــع وقت القضاء على غير طائل .

فلو طلب شخص مثلا اثبات ملكيته دون أن يحدد سندها لا يجاب الى طلبه قبل ان يبين هذا السند حتى يسير الاثبات فى حدود معروفة مقدمـــا بحيث يفوت على الخصم ما يكون لديه من قصد اطالة النزاع بغير داع .

ويلاحظ ان الواقعة محل الاثبات قد تكون واقعة ايجابية ، وقد تكون واقعة سلبية . وكلاهما يصلح ان يكون محلا للاثبات بشرط أن يكون محددا. فاثبات وجود عقد أو صدور فعل ضار من الغير كالضرب اثبات لوقائـــع ايجابية ، واثبات عدم التقصير فى الوفاء بالالتزام أو عدم اتخاذ الغير الحيطة الكافية فى قيامه بنشاط ما اثبات لوقائع سلبية ، وكلها وقائع محددة .

وهذه الحقيقة ما كانت تحتاج الى هذا البيان لولا ان بعض الفقه (7) ذهب الى عدم جواز السماح باثبات الوقائع السلبية بصفة عامة بسبب ما وقع فيه من الخلط بين القواعد التى تحدد شروط الواقعة محل الاثبات ، والقاعدة التى تجعل عبء الاثبات على المدعى ، وتعفى من يقتصر علـــى مجرد الانكار من تقديم الدليل على انكاره .

والحقيقة ان الوقائع السلبية كالوقائع الايجابية فى قبولها للاثبات ما دامت محددة ، اما ان كانت غير محددة فلا تقبل فى الاثبات قبل تحديدها .

ومن الاحوال التيىستلزم فيها القانون اثبات واقعة سلبيـــة حالـــة المطالبة برد ما دفع بغير وجه حق ، اذ يلتزم من يطالب بالرد بأن يثبت بأن وفاءه كان غير مستحق للموفى له .

---

(7) احمد نشات ــ رسالة الاثبات ــ فقرة 44 .
بلانيول وريبيــر وبولانجى ــ فقرة 2168 .

الا ان اقامة الدليل المباشر على الواقعة السلبية يبدو متعذرا فى كثير من الاحيان ، ولذا يتم اثباتها بطريق غير مباشر وذلك باثبات واقعة ايجابية يؤخذ منها ثبوت الواقعة السلبية . فمن يريد اثبات عدم ارتكابه فعلا ضارا وقع فى مكان معين يستطيع ذلك باثبات وجوده وقت وقوع الفعل الضار فى مكان آخر . وعلى كل حال فمن المفروض ان يقنع القضاة فى اثبات هـذا النوع من الوقائع بما يرجح ثبوتها والا يتطلبوا فى دليل اثباتها نفس القوة المطلوبة فى اثبات الوقائع الايجابية .

أما الواقعة غير المحددة فلا تكون قابلة للاثبات سواء كانت ايجابية أو سلبية ، فالذى يقول انه يمر من جهة معينة كل يوم أو انه لم يمر من هذه الجهة فى يوم من الايام انما يقول بواقعة غير محددة لا يمكن اثباتها .

ويذكر الدكتور سليمان مرقس (8) «ان الواقعة المطلقة أو غير المحددة سواء أكانت ايجابية أم سلبية فيستحيل اثباتها اثباتا كاملا ما لم تجـزىء المحكمة فى شأنها عبء الاثبات ، فتكتفى من المدعى بما يقرب احتمال صدقه ثم تكلف خصمه باثبات العكس ، بحيث اذا عجز اعتبر ادعاء المدعى ثابتا . فاذا وفى شخص الى آخر مبلغا كان الظاهر من ذلك انه مدين له بهذا المبلغ فاذا طالب الموفى بعد ذلك الموفى له برد هذا المبلغ باعتباره مدفوعا دون حق وجب عليه ان يثبت عدم مديونيته للموفى له بأى دين ، أى ان يثبت نفيا مطلقا وهو لن يستطيع اثبات ذلك الا اذا اكتفت المحكمة منه بدليل مجتـزأ » .

ثالثا : ان تكون الواقعة متعلقة بالحق المنازع فيه :

محل الاثبات ليس الحق ذاته كما قلنا من قبل ، وانما الواقعة القانونية التى تعتبر مصدرا له . بل ان الاثبات كثيرا ما يكون اثباتا غير مباشر اى ينصب على واقعة أو وقائع مجاورة يستفاد من ثبوتها ثبوت الواقعة المنشئة للحـق .

وقد يظن لاول وهلة أن هذا الشرط لا يحتاج الى الذكر لان الاثبات مفروض فيه من الناحية المنطقية ان ينصب على الوقائع التى أدت الى نشوء الحق المدعى به ، وهذه مفروض فيها وهى مصدر الحق ان تكون وثيقـة الصلة به . غير ان هذا الظن لا يلبث ان يزول اذا عرفنا أن الاثبات ليـس

---

8) موجز أصول الاثبات صفحة 12 .

حتما فيه أن يكون دائما على هذه الصورة فهذا النوع من الاثبات وهو ما يقال له الاثبات المباشر Preuve directe كثيرا ما يتعذر من الناحية العملية ولهذا يمكن أن يكون الاثبات غير مباشر Preuve indirecte بمعنى أنه يتناول واقعة لا تتصل بوجود الحق اتصالا مباشرا وانما يمكن ان تؤدى عقلا وبطريق غير مباشر الى الحقيقة (9) .

واتصال واقعة يطلب احد الخصوم اثباتها أو عدم اتصالها بموضوع النزاع مسألة لا يمكن الفصل فيها الا فى ضوء وقائع كل نزاع وظروفه ، ولذا فان تقدير تعلق الواقعة أو عدم تعلقها بالدعوى من الامور التى يفصل فيها قاضى الموضوع .

ولذلك فان من يطالب شخصا بدين لا يقبل منه ان يثبت حقه باثبات ان هذا الشخص كان يدمن على الخمر فى الوقت الذى يدعى نشوء حقه فيه. ولكن من يريد اثبات خطأ سائق فى حادث سيارة يستطيع ان يثبت انه شرب الخمر قبل وقوع الحادث وكذلك من يثبت وفاءه بعدة ديون كوسيلة لاثبات وفائه بدين يطالب به ، لا يقبل منه ذلك لانه لا علاقة بين هذا وذلك.. ولكنه ان كان مستأجرا وطولب بالايجار عن مدة معينة فطالب باثبات وفائه بالايجار المستحق عن مدة لاحقة يباح له ذلك . فالواقعة المراد اثباتها فى المثل الثانى تعتبر متعلقة بالنزاع لان عادة الناس فى المعاملات أن المستأجر لا يفى باجرة مدة ما الا أن كان قد وفى بأجرة ما قبلها .

مما سبق يبين لنا انه لا يمكن وضع معيار عام فى هذا المجال يتحدد على أساسه مدى الصلة التى يجب ان تقوم بين الواقعة المراد اثباتها والواقعة المنشئة للحق المدعى به فالمسألة تختلف باختلاف ظروف كل قضية

ولهذا كان قاضى الموضوع هو صاحب الكلمة فيما اذا كانت الواقعة المطلوب اثباتها متصلة بالدعوى أو غير متصلة بها . ولكن يلاحظ ان محكمة النقض يمكنها ان تراقب قاضى الموضوع فى هذا المجال عن طريق التسبيب، فاذا طلب احد الخصوم ان يسمح له باثبات واقعة يراها متصلة بالدعوى ورفض القاضى أن يجيبه الى طلبه ، فانه يتعين على القاضى أن يبين فى حكمه الاسباب التى دعته الى عدم اجابة هذا الطلب . فاذا لم تكن هذه الاسباب سائغة كان هذا قصورا فى التسبيب يؤدى الى نقض الحكم

(9) الاثبات فى المواد المدنية ـ عبد المنعم فرج الصدة ـ صفحة 34 .

رابعا : ان تكون الواقعة منتجة فى الاثبات :

نصت على هذا الشرط صراحة المادة (403) التى جاءت تقضى بأنه :

« لا يجوز اثبات الالتزام : ....

2) اذا كان يرمى الى اثبات وقائع غير منتجة » .

ومعنى هذا الشرط ان يكون من شأن الواقعة اذا ثبتت ان تؤدى الى اقناع القاضى بحقيقة النزاع المعروض وبعبارة أخرى يلزم فى كل واقعة حتى تكون مقبولة فى الاثبات أمام القضاء أن تؤدى الى اثبات ادعاء من يطلب اقامة الدليل عليها ، أو ان تعين على هذا الاثبات . وهذا هو ما يعنيه اشتراط كون الواقعةمنتجة فى الاثبات . وليس من اللازم لاعتبار الواقعة منتجة فى الاثبات ان تكون حاسمة فى هذا الاثبات اى تؤدى بذاتها وبمفردها الى ثبوت الحق المنازع فيه ، وانما يكفى أن تكون حلقة فى سلسلة وقائع تؤدى الى هذا الثبوت .

ويذكر الفقه (10) « أن الواقعة المتعلقة بالدعوى هى الواقعة البديلة التى يكون اثباتها من شأنه أن يجعل اثبات الواقعة الاصلية قريب الاحتمال ، والواقعة لمنتجة فى لاثبات هى الواقعة البديلة التى يؤدى اثباتها الى اثبات الواقعة الاصلية . ويتبين من ذلك أن انتاج الواقعة فى الاثبات مرتبة أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورة منتجة فى الاثبات ولكن كل واقعة منتجة فى الاثبات تكون حتما متعلقة بالدعوى » .

ولا يقتصر تقدير الانتاج على الواقعة فقط بل يتعداها أيضا الى الادلة المقدمة فى الاثبات ، فاذا طلب المدعى تقديم مستندات جديدة تأييدا للحق الذى يدعيه ، ووجد القاضى أن المستندات المبرزة هى كافية لاثباته ، جاز له أن يرد الطلب لعدم الفائدة منه ، وجاز له أيضا ان يرد طلب الاثبات اذا وجد أن المستندات تثبت بوجه قاطع عدم صحة الحق المدعى به (11) .

---

10) السنهورى الوسيط ــ الجزء الثانى ــ صفحة 62 فقرة 43 .
11) قواعد الاثبات ــ ادوار عيد ــ صفحة 49 .

يبين مما سبق ان كل واقعة منتجة فى الاثبات لابد ان تكون متعلقة بموضوع النزاع ، وان كانت الواقعة المتعلقة بالنزاع قد تكون منتجة فى الاثبات ولكن هذا يظهر انه يكفى فى الواقع اشتراط كون الواقعة منتجة لانه بغير توافر هذا الشرط لا تكون الواقعة محلا للاثبات ولو كانت متعلقة بموضوع النزاع وهذا هو ما فعله المشرع الفرنسى الذى اغفل شرط الاتصال بالنزاع واقتصر على اشتراط كون الواقعة منتجة فى الاثبات (12) وكذلك القانون المغربى الذى حذا حذو القانون الفرنسى واكتفى بأن اشترط فى الفقرة الثانية من المادة « 403 » من قانون الالتزامات والعقود بانه لا يجوز اثبات الالتزام اذا كان يرمى الى اثبات وقائع غير منتجة . اما المشرع المصرى فقد نص فى المادة «156» مرافعات على الشرطين معا .

وفيما يتعلق برقابة محكمة النقض فى هذا الصدد نجد أنها تختلف بحسب مدى صلة الواقعة بالحق المدعى به .

فاذا كان الاثبات لا ينصب على الواقعة مصدر الحق وانما يتناول واقعة مجاورة لا تدل على الحق الا بطريق غير مباشر ، بحيث يكون قبول القاضى أو رفضه لها مبنيا على أسباب واقعية ، فان تقدير كونها منتجة فى الدعوى أمر يستقل به قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى هذا الا عن طريق التسبيب أو التعليل ، اذ يتعين ان تكون الاسباب التى يستند اليها القاضى فى أخذه بالواقعة أو رفضه لها سائغة مؤدية الى النتيجة التى انتهى اليها فى حكمه ، والا كان هناك قصور فى التسبيب يؤدى الى نقض الحكم .

اما اذا كان الامر يتعلق بواقعة يراها القاضى منتجة قانونا فى ثبوت الحق المدعى به أو غير منتجة فاننا نكون بصدد مسألة قانونية يخضع القاضى فيها لرقابة محكمة النقض (13) .

خامسا : ان تكون الواقعة جائزة القبول :

وقد نصت على هذا الشرط المادة (403) من قانون الالتزامات والعقود فى فقرتها الاولى اذ نصت على انه لا يجوز اثبات الالتزام اذا كان يرمى الى اثبات وجود التزام غير مشروع أو التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه . ومضمون هذا الشرط انه لا يكفى أن تكون الواقعة القانونية

---

12) المادة 253 و 254 مسطرة فرنسى .

13) اوبرى ورو صفحة 79 و 81 ـ بلانيول وريبير نبذة 1415 .

منتجة بطبيعتها فى الاثبات، بل يجب ان تكون ايضا جائزة الاثبات‌اى أن القانون لا يمنع اثباتها . والواقعة لا تكون جائزة القبول اذا كانت مستحيلة الاثبات بالنظر الى طبيعتها وبحسب المتصور عقلا ، وكذلك اذا كان القانون يمنع اثباتها لاسباب تقتضى ذلك . ومن امثلة الوقائع التى لا تقبل الاثبات بسبب استحالة تصور صحتها عقلا رابطة البنوة بين شخص وبين من يصغره سنا ، أو كون أيام شهر فبراير 31 يوما . فمثل هذه الوقائع يرفض القضاء طلب اثباتها لما تتضمنه اباحة الاثبات مع استحالتها عقلا من اضاعة وقت القضاء . وقد سبق لنا الاشارة الى الاعتبار الواقعة غير المحددة واقعة متعذرة الاثبات اى مستحيلة وان هذا هو اساس عدم جواز اثباتها .

وقد يكون اثبات بعض الوقائع بحكم القانون راجعا الى اسباب تتعلق بالنظام العام وحسن الاداب ، كمنع اثبات عقد شراء مخدرات بقصد المطالبة بالتسليم من جانب المشترى ، أو الوفاء بالثمن من جانب البائع ، كما قد يرجع هذا المنع الى منافاة الواقعة المطلوب اثباتها لقرينة قانونية قاطعة كما لو كانت تتعارض مع حجية الشىء المقضى به ، أو كان المطلوب هو نفى خطأ المتبوع المفروض فرضا لا يقبل اثبات العكس . وقد تتضمن النصوص التشريعية تحديد بعض الوقائع غير الجائز اثباتها . ووصف الواقعة بأنها جائزة الاثبات أو غير جائزة من المسائل القانونية التى يخضع قاضى الموضوع بالنسبة لها لرقابة محكمة النقض .

يخلص من كل ما سبق أن اثبات واقعة ما عند نظر النزاع أمام القضاء مقصود به أن يؤدى الى اظهار حقيقة ما يدعى به ، ومفروض فيه كذلك الا يصطدم مع أمريمس النظام العام وحسن الاداب .

وعلى أساس هذين الاعتبارين تتحدد شروط الواقعة المراد اثباتها ، فالاعتبار الاول يقتضى أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها . والاعتبار الثانى يتطلب أن تكون الواقعة جائزة الاثبات .

وواضح ان هذه الشروط تهدف جميعها الى ضمان صلاحية الواقعة لان تساهم على فرض ثبوتها فى تكوين اقتناع القاضى لحل النزاع المعروض.

وهناك شرطان آخران تقتضيهما طبيعة الاشياء وهما يختلفان عن هذه الشروط فى الغرض ، الاول يتعلق بقابلية الواقعة فى ذاتها للاثبات بصرف النظر عما اذا كانت تفيد فى اقناع القاضى بحقيقة الادعاء أو لا تفيد ، ومقتضاه أن تكون الواقعة محددة ، والثانى يتعلق بحاجة الواقعة الى الاثبات وهذا يقتضى أن تكون الواقعة محل نزاع .

المبحث الثاني

الحق في الاثبات

اذا ما توافرت الشروط السابقة فى واقعة فانها تصلح محلا للاثبات ويكون لمن يجب عليه الاثبات أن يثبتها أمام القضاء . ولكن يلاحظ أيضا أن ضرورة كفالة حق كل خصم فى ابداء دفاعه ، تجعل من الاثبات حقا بجانب كونه واجبا . فاذا ما تمسك الخصم أمام القضاء باثبات واقعة توافرت شروطها ، كان على القضاء أن يتيح له ذلك بالسماح له باثباتها ، والا اعتبر رفضه اخلالا بحق الخصم فى الدفاع ، ومن ناحية أخرى فان عدم توافر هذه الشروط فى واقعة يجعل للمدعى عليه بها ان يطلب من القضاء استبعاد اثباتها . وفى الحالتين اذا أغفل القضاء طلب الاثبات أو طلب استبعاد الواقعة يكون حكمه مخالفا للقانون .

فالاثبات اذن واجب وحق ، فهو واجب على من يدعى بحق ما ، اذ يكون عليه أن يقيم الدليل على ما يدعى به ، وهو أيضا حق ، فالشخص الذى يدعى بواقعه توفرت فيها الشروط التى سبق لنا استعراضها يكون له الحق فى اثباتها لتدعيم دعواه (14) فاذا لم يمكنه القاضى من ذلك كان هذا اهدارا لحقه فىالاثبات ، وبعبارة أخرى اخلالا بحقه فى الدفاع يجعل الحكم مشوبا بالقصور الذى يؤدى الى نقضه .

كما ان القاضى لا يستطيع أن يرفض اجابة الخصم الى طلبه لاثبات الواقعة التى يدعى بها ، الا اذا كانت هذه لواقعة لم تتوفر فيها الشروط التى بيناها سالفا أو كان هذا الاثبات لا جدوى منه ، ويجب على القاضى فى هذه الحالة او فى تلك ان يذكر فى حكمه أسبابا تكفى لتدعيم قضائه .

ويتقيد حق الخصم فى الاثبات بقيود ثلاثة (15) :

---

14) بلانيول وريبير فقرة 1411 و 1414 .
مجموعة دالوز Nouveau répertoire de droit الجزء الثالث صفحة 536 فقرة 8
15) الوسيط ــ السنهورى ــ الجزء الثانى صفحة 34 .

اولا : لا يجوز للخصم ان يثبت ما يدعيه الا بالطرق التى حددهـا القانون ، فلا يجوز له ان يثبت بالشهادة ما لا يجوز اثباته الا بالكتابة . ولا يجوز له أن يجزىء اقرار خصمه اذا كان هذا الاقرار لا يتجزأ . ولا يجـوز له أن يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه حيث يكون متعنتا فى توجيههـا . ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الاثبات أن يتقدم بما عنده من الادلة طبقا للاوضاع التى رسمها له القانون .

ثانيا : كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب اثبات واقعة لم تتوفر فيهـا الشروط الواجبة ، اذ يجب ان تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ، منتجة فى دلالتها جائزة الاثبات قانونا .

ثالثا : ويبقى للقاضى بعد كل ذلك حرية واسعة فى تقدير قيمة الادلة التى تقدم بها الخصم .

ومما تجدر ملاحظته أنه اذا ما تمسك أحد الخصوم بواقعه كان لخصمه أن يعترض على اثباتها اذا لم تكن مستوفية لهذه الشروط ويكون التقدير فى النهاية للقاضى .

ومن هذا يبين لنا أن الاصل فى الدليل الذى يقدمه الخصم تمكـين الخصم الآخر من نقضه ، وان حق الخصم فى اثبات ما يدعيه يقابله حـق الخصم الآخر فى اثبات العكس .

ويذكر الفقهاء (16) أنه مما يتصل بحق الخصم فى الاثبات ما ذهب اليه الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر من أنه يجوز للخصم ان يطلب الزام خصمه تقديم مستند تحت يده يفيد فى الدعوى المعروضة وعلى الاخص اذا كان مشتركا بينهما .

وهناك قاعدة اساسية فى هذا المجال لابد من التعرض اليها ولـو بايجاز وهى القاعدة التى تقضى بأنه لا يسوغ للشخص ان يصطنع دليـلا لنفسـه ، فالخصم المدعى عليه لا يلتزم الا بقوله أو فعله ، ولهذا كـان المفروض فى تلك الواقعة لكى تكون منتجة فى الدعوى أن تدل على قول أو فعل منسوب الى هذاالخصم ، ويلزمه بالحق المدعى به ، فاذا كانـت الواقعة من صنع المدعى فلا تقوم دليلا له فاذا قال المدعى قولا فلا يصدق

---

16) الصدة ــ الاثبات فى المواد المدنية ــ صفحة 41 .

به ، واذا استند الى ورقة من صنعه فلا تكون حجة له وهذه قاعدة معروفة هي تتصل بتحديد الواقعة التى يجرى اثباتها .

من هذا يتضح لنا ان الاصل فى الدليل الذى يقدم ضد الخصم يكـون صادرا منه حتى يكون دليلا عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلا على الخصم يجب أن تكون بخطه او بامضائه . واذا كانت الورقة ليست دليـلا كاملا واقتصر امرها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة فانه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذى يراد الاثبات ضده .

ويـورد الفقـه (17) استثناءات لهذه القاعدة فقد تكون هنـاك ورقة غير معدة للاثبات تصدر من المدعى وتصل الى يد المدعى عليـه كرسالة مثلا يوجهها الاول الى الثانى فيستند اليها هذا الاخير فى الدعوى . ففى هذه الحالة يجوز للمدعى أن يتخذ مما ورد فيها دليلا لصالحه برغـم كونها من صنعه ، و ذلك لان حيازة المدعى عليه للورقة واستعماله لهـا يجعلها كما لو كانت صادرة منه . اذ أن هذا التصرف من جانبه يدل على أنه يسلم بما جاء فى هذه الورقة . وهذه الحالة يقول الاستاذ الصدة اذا أمعنا النظر فيها فقد لا نجدها استثناء حقيقيا لان الورقة لم تصبح صالحة كدليل لصالح المدعى الا بفعل المدعى عليه الذى يعتبر قبولا للورقة واقرارا لمـا جـاء فيهـا

على ان القانون نص فى بعض الحالات لمبررات قدرها المشرع على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو ، من ذلك ما نصت عليـه المـادة « 14 » من القانونى التجارى المغربى التى جاءت تقضى بأنه :

« يمكن للقاضي ان يقبل الدفاتر التجارية الممسوكة بانتظام حجة بين التجار بصدد المعاملات التجارية » .

ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة (433) من قانون الالتزامـات والعقود وبمقتضاها :

« اذا تضمنت دفاتر التاجر تقييدا صادرا من الخصم الآخـر أو اعترافا مكتوبا منه أو اذا طابقت نظيرا موجودا فى يد هذا الخصم ، فانها تكون دليلا تاما لصاحبها وعليه » .

---

17) الصـدة ـ المرجع السابق صفحـة 42 .

ومما تجدر ملاحظته فى نهاية هذا البحث انه مهما يكن من قدر الحرية التى تطلق للقاضى فى الاثبات فلا جدال فى أن اى دليل يقدمه الخصم فى الدعوى يجب ان يعرض على الخصوم جميعا لمناقشته ويدلى كل برأيه فيه يفنده أو يؤيده . والدليل الذى لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الاخذ بـه ، كما أنه لا يجوز للمحكمة ان تأخذ بدليل نوقش فى قضية أخرى ما لم يناقش فى القضية القائمة وهذا مبدأ جوهرى من مبادىء التقاضى حتى تتكافأ بذلك فرص الخصوم فى الدعوى .

الفصل الثانى
عبء الاثبات

وظيفة القاضى هى توزيع العدل بين الناس بتطبيق القانون على ما يعرض عليه من منازعات ، وهذه الوظيفة تقتضى من القاضى علمه بالقانون، وعلمه بحقيقة الوقائع المتنازع عليها . اما العلم الاول فمفروض فيه بحكم توليته ، وأما الثانى فيحصل له اما من طريق المعاينة الشخصية المباشرة، واما من طريق الترجيح أو الاستنباط مما يشاهده أو يسمعه من وقائع ، أو مما يعرض عليه من مختلف وسائل الاثبات .

ويتجلى دور الخصوم فى الاثبات فى تقديم الادلة ، اذ ان الهدف الذى يرمى اليه الخصوم من الادلة التى يقدمونها لاثبات ادعاءاتهم امام القضاء هو اقناع القاضى بصحة ما يدعونه .

والقانون يضع القواعد التى تنظم تحمل كل منهم بنصيبه فى الاثبات ، اى ينظم حملهم لعبء الاثبات . أما القاضى فدوره أن يزن ما يقدم اليه من أدلة الخصوم فى حدود ما يجعل له القانون من سلطة فى هذا الصدد ، لبناء حكمه على أساس الاقتناع الذى يتحصل من هذه الادلة ، أى أن دور القاضى فى الاثبات يقوم فى الاصل على حياده بين المتنازعين كما سبقت لنا الاشارة .

وقبل الكلام عن قواعد توزيع عبء الاثبات بين الخصوم نرى انفسنا مضطرين الى البحث عن مبدأ حياد القاضى وذلك فى المبحث الاول ، كما اننا سوف نخصص المبحث الثالث والاخير لتحديد مدى صلة قواعد الاثبات النظام العام . من هذا يتضح امامنا منهاج بحثنا لهذا الفصل الذى يكون على النحو التالى :

المبحث الاول : مبدأ حياد القاضى .
المبحث الثانى : توزيع عبء الاثبات بين الخصوم .
المبحث الثالث : قواعد الاثبات والنظام العام

المبحث الاول

مبدأ حياد القاضي

أخذ المشرع المغربي فى تنظيم الاثبات فى المواد المدنية كما سبقت الاشارة بالمذهب المختلط الذى يجمع بين تقييد الاثبات واطلاقه .

وقد سبق لنا الاشارة الى ان القاعدة هي تقييد الاثبات ، الا ان المشرع المغربى وغيره من التشريعات التى أخذت بالمذهب المختلط قد خفف من حدة هذا التقييد وذلك بما خوله للقاضي من سلطات فى هذا المجال . فالمشرع قد حدد من ناحية طرق الاثبات وبين الحالات التي يتخذ فيها كل من هذه الطرق ، كما انه جعل للقاضي من ناحية أخرى كل الحرية فى تقدير الادلة ، فموقف القاضي وان كان يقوم أساسا على مبدأ الحياد أزاء دعاوى الخصوم الا ان المشرع قد أعطاه سلطة محدودة فى ادارة الدعوى واستكمال عناصر الاقناع . وفرض الحياد المطلق بين المتنازعين على القاضي يجعل دوره فى الاثبات سلبيا محضا بل أنه يجعل وظيفة القاضي عملا آليا لان هذا الحياد المطلق يفترض حصر الادلة وتعيين قوة كل منها بمعرفة المشرع أى لا يتحقق الا فى ظل مذهب الاثبات القانوني أو المقيد ، ولذا لا يتصور أن يكون حياد القاضي فى القانون المغربى — وغيره من القوانين التى لم تأخذ بمذهب الاثبات المقيد — وهو يأخذ بالمذهب المختلط فى تنظيم الاثبات على هذه الصورة ، فأخذه بمبدأ الحياد لم يمنع خروجه على مقتضاه فى بعض الحالات ليحرر القاضي من سلبيته وليجعل له دورا ايجابيا فى الاثبات .

ويذكر الفقه (1) أن موقف القاضي من الاثبات يختلف باختلاف المذاهب ، فهو فى المذهب الحر أو المطلق موقف ايجابى ينشط القاضي فيه الى توجيه الخصوم واستكمال ما نقص فى الادلة واستيضاح ما أبهم منها . وهو فى المذهب القانوني أو المقيد موقف سلبى محض لا يعد والقاضي فيه أن يتلقى أدلة الاثبات كما يقدمها الخصوم دون أى تدخل

---

1) السنهوري الوسيط — الجزء الثاني — صفحة 30 بند 25 .

من جانبه ثم يقدر هذه الادلة طبقا للقيم التى حددها القانــــون ، فاذا رأى الدليل ناقصا أو مبهما فليس له أن يطلب اكماله أو توضيحه ، بل يجب عليه أن يقدره كما هو فى الحالة التى قدمه فيها الخصوم . وهو فى المذهـــب المختلط ينبغى أن يكون موقفا وسطا بين الايجابية والسلبية ، ولكنه يجب ان يكون أقرب الى الايجابية منه الى السلبية فيباح للقاضى شىء من الحرية فى تحريك الدعوى وفى توجيه الخصوم وفى استكمال الادلة الناقصـــة وفى استيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى . ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضى بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الادلة ، فان هذا التقييد يجب ان تقابله حرية القاضى فى تقدير وزن كل دليل فى حدود قيمته القانونية حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة (2) .

ويشرح الاستاذان بيدان وبروا (3) معنى الحياد بأن معناه ليس عدم التحيـــز (impartialité) فان هذا واجب بداهة على القاضى بل معناه أن يقف القاضى موقفا سلبيا من كلا الخصمين على حد سواء (Neutralité)

من كل هذا يتضح لنا أن مبدأ حياد القاضى يقوم على أن يكون موقفه من الدعوى سلبيا بحيث يقتصر فى تكوين اقتناعه على ما يقدمه الخصوم من ادلة فى الدعوى بالطريقة التى يقررها القانون فلا يكون للقاضى ان يساهم من جانبه فى جمع أدلة جديدة ، ولا يكون له ان يعول على أدلة وصلت الـــى علمه الشخصى بعيداً عن الخصوم . ومعنى هذا أن كل دليل يدخله القاضى فى حسابه لصالح أحد الطرفين يجب أن يلم به الطرف الآخر وأن تتاح لـــه فرصة مناقشته والرد عليه .

ويترتب على هذا المبدأ ما يأتى :

1) انه لا يحكم فى المنازعة الا بناء على الادلة التى يقدمها اليه الخصوم بالطرق التى رسمها القانون لتقديمها . فلا يحق له أن يبنى حكمه على دليل

---

2) نقل الاستاذ السنهورى عن ديموج فى الافكار الرئيسية فى القانون الخاص الفصل السابع صفحة 534 ـ صفحة 541 .

3) نقل الاستاذ السنهورى فقرة 1151 صفحة 218 .

يستمده بنفسه دون طرحه من الخصوم ولو كان ظاهرا من أوراق الدعوى كما لو كان ماخوذا من حكم سابق حائز لحجية الشىء المقضى فيه ما دام صاحب المصلحة فى التمسك بهذا الدليل لم يتمسك بـــه .

2) اذا كان الحكم يبنى على الادلة المقدمة من الخصوم فيجــب ان يتاح لكل خصم العلم بأدلة خصمه ومناقشتها ، ولا يستطيع القاضــى ان يستدل على وجه حكمه من دليل قدمه خصم دون ان يجابه به الخصم الآخر، ولذا فان اجراءات التحقيق (سماع الشهود) والخبرة تفترض دعـــوة الخصوم جميعا كما ان من حق كل خصم ان يطلع على مستندات خصمه .

3) واقتصار القاضى فى تأسيس حكمه على ما يبديه الخصوم امامه من اقوال وما يقدمونه من أدلة وما يترتب على ذلك من ضرورة عرض أدلة كل من الخصمين على الآخر لمناقشتها ودحضها ، يؤدى الى منع القاضى من القضاء بعلمه الشخصى . اى تأسيس حكمه على ما يعلمه هو بصفـــة شخصية من حقيقة النزاع ذلك ان قضاء القاضى بعلمه يعنى أنه يقــوم بتقديم الدليل من جانبه ، ثم ان حق الخصم فى مناقشة كل دليل يؤخذ ضده، يضع القاضى الذى يستند الى علمه الشخصى فى قضائه موضع المناقشة من جانب الخصم ، مما لا يتفق مع الاحترام الواجب للقضاء . ولهذا يرى البعض أن منع القاضى من الحكم بناء على علمه الشخصى بالوقائع نتيجة لمبدأ وجوب مجابهة الخصم بالدليل .

ولكن يلاحظ ان منع القاضى من الاستناد الى علمه الشخصى لا يمتد الى ما يكون لديه من علم بوقائع عامة يفترض علم الكافة بها ، كمستــوى أسعار محصول زراعى فىسنة من السنوات مثلا .

4) يلتزم القاضى بأن يبين فى حكمه كيفية وصوله الى قضائه ، فيذكر الوقائع التى استند اليها فيه ، كما يبين الادلة التى حصل منهــا هـــذه الوقائع وأسانيد هذا التحصيل . اى يلتزم بتسبيب حكمه ، فان نقص الحكم شيئا مما سبق كان قاصرا فى تسبيبه مما يوجب نقضه . والالتزام بالتسبيب

وسيلة تكفل الرقابة على عمل القاضى فى تطبيقه القواعد التى يفرضها مبدأ الحيـــــاد (4) .

غير ان الاخذ بمبدأ الحياد على اطلاقه يقعد بالقاضى فى حالات كثيرة عن ان يصل الى الحقيقة . ومن اجل هذا خول المشرع القاضى سلطات معينة فى تسيير الدعوى واستكمال الادلة . فللقاضى من تلقاء نفسه ان يأمر باحضار الخصم لاستجوابه ، أو أن يقرر الانتقال لمعاينة ما يدور حولــــــه النزاع ، أو أن يسمع شهادة الشهود فى الاحوال التى يجوز فيها الاثبـــات بالشهادة ، أو أن يحكم بندب خبيـــر .

---

4) لئن منحت المادة 62 من قانون البينات القاضى حق الاخذ بالقدر الذى يقتنع به من البينات فان هذه القناعة لم تكن على اطلاقها بل مقيدة بلزوم استنادها الى وقائع صحيحـــة وأسباب كافية مما يوجب تعليل الحكم بهذا الشان (التمييز السورية 12.22 — 1952 مجلة القانون صفحة 294 الفهرس الخمسى الاول صفحة 188) .

— تقرير وسائل الاثبات واستنتاج سوء النية راجع لاجتهاد قاضى الموضوع لكن بشرط أن يكون هذا التقدير معللا تعليلا قانونيا له ماخذ صحيح من الحجة التى استنــد اليها ومتماشيا معها والا يكون القرار معيبا لقصوره فى التسبيب .

(قرار تعقيبى عدد 2447 مؤرخ فى 18 مارس 1964 ، مجلة القضاء والتشريع التونسية عدد 8 اكتوبر 1964 صفحة 43) .

— تقرير الوقائع ووسائل اثباتها او نفيها انما هى ترجع لاجتهاد قاضى الموضوع ما دام قضاؤه معللا تعليلا واضحا منسجما ومؤديا منطقيا للنتيجة التى انتهى اليها بحكمه . قرار تعقيبى مدنى عدد 1758 مؤرخ فى 18 — 2 —1963 مجلة القضاء والتشريـــع عدد 9 نونبر 1963 صفحة 32) .

— ان كل حكم يجب ان يعلل تعليلا كافيا والا كان باطلا ، وعليه فان المحكمة التـــى تصرح باعتبار شهادة الشهود غير كافية دون ان تبين السبب لا تكون قد عللــت حكمها تعليلا كافيا .

(المجلس الاعلى — حكم عدد 138 المؤرخ فى 12 دجنبر 1960 مجلة القضـــــاء والقانون عدد 38 صفحة 398) .

كما ان القانون يخول القاضى سلطة تقديرية واسعة وذلك لان المشرع يخول له أن يستند فى حكمه على الدليل الذى يستخلصه من قرائن الاحوال فى النزاع المعروض عليه . وذلك طبقا لمقتضيات المادة (454) من قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بأنـــه :

« القرائن التى لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضى . وليـــس للقاضى أن يقبل الا القرائن القوية الخالية من اللبس او القرائن المتعـــددة التى حصل التوافق بينها واثبات العكس سائغ ويمكن حصوله بكافـــــة الطـــــرق » .

وللقاضى الحق فى تقدير لزوم أو عدم لزوم دليل من أدلة الاثبات ، كما ان له الحق فى رفض الاستعانة بخبير أو اجراء تحقيق (سماع الشهـــود) أو استجواب الخصوم ، كما ان له ان يعدل عما أمر به من اجراءات الاثبات أو الا يأخذ بنتيجة هذا الاجراء .

كما أن للقاضى الحق فى تقدير قيمة بعض الادلة فى الاثبات كما هـــى الحال بالنسبة للشهادة والقرائن التى لم يقررها القانون .

ومما تجدر الاشارة اليه ان هذه السلطات التى خولها القانون للقاضى والتى تجعل له دورا ايجابيا فى الكشف عن الحقيقة ، يجب على القاضى ان يزاولها كلما كانت هناك حاجة اليها ، والا كان حكمه عرضة للنقض . وقد قضت محكمة النقض المصرية (5) بأن الحكم يكون قاصر البيان متعينا نقضه

---

5) نقض مدنى مصرى فى 13 دجنبر 1954 . : مجموعة القواعد القانونية الجزء الخامس صفحة 11 رقـــم 6 .

اذا لم يكن فيه ما يفيد ان المحكمة قد استنفذت كل ما لها من سلطة التحقيق للتوصل الى كشف الوقائع .

يخلص من كل ما سبق أن ما خوله القانون للقاضى من سلطـــات فى هذا الشأن انما قصد به تمكينه من الوصول الى الحقيقة دون أن يكون ذلك مدعاة لتحكم القضــــاء .

ويذكـــر الفقهاء (6) « ان دور القاضى فى توجيه الدعوىً وقبول الادلة وتقدير قيمتها لم يعد دورا سلبيا بل اصبح دورا ايجابيا فعالا يتغلب فيه رائد العدالة والحق وهو مع ذلك لا يهمل السعى الى الاستقرار فى التمامـــــل وتوحيد الحلول الاجتهادية فى المواضيع المماثلة » .

والحقيقة ان المشرع بما خوله للقاضى من سلطات فى هذا المجال ، وما فرض عليه من قيود ، قد عمل على تحقيق العدالة مع اتقاء تحكم القضاء.

المبحـــث الثـــانـــى

توزيـــع عبء الاثبـــات بين الخصـــوم

سبق لنا أن بينا فى المبحث السابق ان مبدأ حياد القاضى يوجب عليه أن يمتنع عن القضاء بعلمه الشخصى وعن التطوع لجمع الادلة بنفسه ، فهو يجعل القضاء ميزان عدل ترجح احدى كفتيه على الاخرى بقوة ما يلقيه فيها أحد الخصمين من أدلة قانونية .

لذلك يجوز لكل خصم ان يقدم ما لديه من دليل على الواقعة المراد اثباتها ، ويجب على القاضى ان يأذن له فى ذلك ما دام محل الاثبات تتوافـــر فيه الشروط اللازمة ، وما دام الدليل من النوع الذى يجوز الاثبات به فى الحالة المعروضـــة .

واذا لم يستعمل احد من الخصمين حقه فى ذلك تعادلت كفتا الميزان وتعين تكليف أحد الخصمين أن يقدم ما يرجح به كفته بحيث يحكم له ان نهض بهذا العبء ، أو يحكم عليه ان عجز (7) .

---

6) انوار عيـــد ــ قواعد الاثبات صفحـــه 31 .
7) موجز اصول الاثبات ــ سليمان مرقس ــ صفحة 16 .

والاثبات ليس بالامر السهل فى جميع حالاته فكثيرون يخسرون دعاواهم رغم كونهم أصحاب الحق فيما يدعون ، لانهم عجزوا عن اقامة الدليل الذي يوصل الى اقناع القاضي ، لهذا كانت معرفة الشخص الذى يتحمل عبء الاثبات مسألة ذات أهمية كبرى من الناحية العملية . فكون أحد الخصمين غير مكلف بالاثبات ، يعتبر ميزة له من ناحية مركز الخصوم فى الدعوى لان هذا يؤدى به الى كسب الدعوى اذا عجز خصمه عن الاثبات. فالخصم لا يحفل اذن بحقه فى الاثبات الا اذا توافرت لديه وسائله ، أى أدلته ، فان لم تتوافر بأن اعتراها نقص أو غموض ، وكثيرا ما تكون كذلك، فان الاثبات يصبح عبئا ثقيلا ولذا غلب فى الاشارة الى تكليف أحد الخصمين بالاثبات ، القول بأن عليه عبئه أو ثقله .

وتبدو أهمية تعيين من الخصوم يتحمل بهذا العبء من انه لو كان واجبا عليه فلم يقم به بالصورة الكافية لاثبات ادعائه ، أى اذا عجز عن الاثبات ، فان خصمه يعتبر كاسبا للنزاع ولو انه لم يبذل أى جهد من جانبه، أى ولو انه التزم موقفا سلبيا . ونظرا لهذه الاهمية فقد تدخل القانون لوضع قواعد توزيع هذا العبء بين الخصوم .

القاعدة هي : البينة على المدعي

تنص المادة (399) من قانون الالتزامات والعقود المغربى على أن :

« اثبات الالتزام على مدعيه » (8) .

يستخلص من هذه المادة أن القاعدة الاساسية فى توزيع عبء الاثبات بين الخصوم هى أن البينة على المدعي وهذه القاعدة هي من المبادىء المقررة

---

8) تنص المادة 389 من القانون المدنى المصرى على انه : « على الدائن اثبات الالتزام ، وعلى المدين اثبات التخلص منه » .

وتنص المادة 1315 من القانون المدنى الفرنسى على ان :

« من يطالب بتنفيذ الالتزام يجب عليه اثباته ويجب على من يدعى التخلص من التزامه ان يثبت الوفاء به أو ان يثبت الواقعة التى ادت الى انقضائه » .

فى الفقه الاسلامى . ففى حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر (9) .

من هذا يتضح ان الاحكام التى تتعلق بتعيين من يكلف بالاثبات يسيطر عليها مبدأ عام ، هذا المبدأ هو مبدأ احترام الوضع الثابت ، وهذا الوضع قد يثبت للشخص بصفة أصلية ، أو بصفة عرضية ، أو بحسب الظاهر . فعلى من يدعى خلاف هذا الوضع الثابت أصلا أو عرضيا أو ظاهـــرا أن يثبت ما يدعى به . وبعبارة أخرى القاعدة أن الاثبات على المدعى أو كما تقرر القاعـــدة الفقهيـــة البينة على المدعى ، ولفظ البينة هنا معناه الدليل أيـــا كان (10) .

---

9) احمد ابراهيم ـــ طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية ـــ صفحة 16 .
ـــ ان البينة على المدعى ، ويتعرض للنقض الحكم الذى يقلب عبء الاثبات ويكلـــف المدعى عليـــه بالبينـــة .
حكم صادر من المجلس الاعلى بتاريخ 24 ماى 1962 ـــ منشور بقضاء المجلـــس الاعلى فى المواد المدنية 1958 ـــ 1962 صفحة 209 .

10) ان المدعى هو الذى يزعم خلاف الظاهر ، فعليه الاثبات بالبينة ، كما افادته القاعـــدة الاساسية : « البينة لاثبات خلاف الظاهر ، واليمين لابقاء الاصل » .
فالاصل فى اللغة هو اسفل الشىء واساسه ، وفى اصطلاح الاثبات : الاصل هو الحالة العامة التى هى بمثابة قانون مرعى ابتداء بلا حاجة الى دليل خاص عليه ، بل يعتبـــر مسلما بنفسه ، ومنهم من يعرف الاصل بانه :
« ما يبنى عليه غيره ولا يبنى هو على غيره » وامثلة ذلك فى الشرع كثيرة : « فمنهـــا قولهم : « الاصل فى الامور العارضة العدم ، وفى الامور الاصلية الوجود » ومن شعب هذا الاصل أصول فرعية عديدة ، منها ان « الاصل براءة الذمة » وان « الاصل سلامة المبيع من العيوب » ونحو ذلك . وكذا قولهم : « الاصل حين الاختلاف فى بطلان عقد وصحته ان يعتبر باطلا ، وحين الاختلاف فى فساده وصحته ان يعتبر صحيحا » ـــ وكذا قولهم : « الاصل اضافة الحادث الى أقرب أوقاته » و « الاصل بقاء ما كان على مـــا كـــان » .
واما دلالة الحال فهى الامارة القائمة التى تدل على شىء . فالظاهر فى نظر الفقه نوعان:
1) ظاهر ضعيف لم يطرح معه احتمال خلافه ، من اصل أو دلالة حال . 2) وظاهر قوى هو الذى وصل فى الظهور الى درجة يطرح معها احتمال خلافه . وهذا يكون قطعيا، حتى ان الشهادة ـــ التى يعتبر الشرع ما يثبت بها كانه ثابت العيان ـــ لا تقبل لاثبات خلافه . مثال ذلك ان الوصى اذا ادعى انه انفق على الصغير فى مدة يسيرة مبلغا عظيما يكذبه فيه الظاهر لا يصدق فى ذلك ، ولا تقبل له بينة عليه ، الا ان يبيـــن تسببا معقولا كسرقة او حريق ونحو ذلك ـــ (مصطفى الزرقا ـــ المدخل الفقهى العام ـــ الجزء الاول ـــ صفحـــة 1043) .
ـــ تنص المادة (448) من القانون المدنى العراقى على ان :
« البينة على من ادعى واليمين على مـــن أنكـــر » .
والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الاصل » .

اما المدعى عليه فانه اذا اقتصر على انكار مزاعم خصمه واتخذ موقفا سلبيا فلا يكلف بدليل ، فهو فى هذا الموقف كما أسلفنا يستفيد من الوضع الثابت له ، فيكسب الدعوى اذا عجز المدعى عن الاثبات .

غير انه من اللازم أن نوضح المقصود بالمدعى الذى يكلف بالاثبات . ذلك ان اصطلاح المدعى يطلق فى فقه المرافعات على من يبدأ اجراءات رفع الدعوى الى القضاء ، فهل يتحدد المدعى بالنسبة للاثبات بانه المدعى فى مصطلح المرافعات أو المسطرة ؟

الواقع ان المدعى فى الاثبات هو المدعى بالواقعة محل الاثبات ، لا المدعى فى الدعوى ، ولذلك فقد يكون المدعى فى الاثبات هو المدعى أو المدعى عليه فى الدعوى .

ويعتبر الشخص مدعيا بواقعة فى الاثبات ، اذا ادعى خلاف الثابت بحسب ما هو مألوف من الامور . فالوضع الاصلى أن كل شخص يعتبر بريىء الذمة من اى التزام حتى يثبت وجوده ، وهذا هو ما يعبر عنه بأن الاصل هو براءة الذمة . ومن يدعى خلاف هذا الاصل ، اى وجود التزام على عاتق الغير ، يكون مكلفا باثبات ادعائه . والوضع العادى أيضا ان من يباشر سلطات المالك على عين يكون مالك هذه العين ، اى ان الحائز لعين هو فى العادة مالكها ، ولذلك فمن يدعى ملكية عين فى حيازة آخر يكون مدعيا بما يخالف الظاهر ، ويلتزم بتقديم الدليل على صدق ادعائه . فاذا ما نجح المكلف بالاثبات فى اثبات ادعائه المخالف للاصل أو الظاهر ، عد هذا الادعاء ثابتا عرضا ووجب على من يدعى بما يخالفه أن يقيم الدليل على ذلك .

اى ان المدعى فى الاثبات هو من يدعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا ، فمن يدعى بدين على آخر ، عليه أن يثبت هذه المديونية ، فاذا نجح فى ذلك كان تحقيق المديونية هو الثابت عرضا ويكون على المدين ان يثبت براءة ذمته . وبالنسبة للحقوق العينية يكلف بالاثبات من يدعى خلاف الظاهر ، كمن يدعى ملكية عين فى حيازة آخر أو حق ارتفاق على عقار الغير.

وقد نص المشرع المغربى فى المادتين (399) و (400) من قانون الالتزامات والعقود على القواعد السابقة فبعد أن نصت المادة (399) على القاعدة الاساسية فى عالم الاثبات وهى أن اثبات الالتزام على مدعيه ، جاءت المادة (400) تقضى بأنه :

« اذا أثبت المدعي وجود الالتزام ، كان على من يدعى انقضاءه أو عدم نفاذه اتجاهه أن يثبت ادعاءه » .

ويلاحظ ان النص لا يتعرض الا لاثبات الالتزام ، اى الحق الشخصى، ولكن من المسلم أن حكمه عام يمتد الى اثبات الحقوق العينية على الصورة التى عرضناها .

ويستخلص الفقــه (11) مبدأ عاما فيمن يحمل عبء الاثبات حيث يقول « كل من يتمسك بالثابت حكما ــ أصلا أو ظاهرا أو فرضا ــ أو بالثابت فعلا ــ حقيقة أو ضمنا ــ لا يقع عليه عبء الاثبات . وانما يقع عبء الاثبات على من يدعى خلاف الثابت حكما أو فعلا لانه يدعى خلاف الاصـــل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت . فوجب أن يحمل عبء اثبات ما يدعيــه . وغنى عن البيان أن تحديد من يحمل عبء الاثبات مسألة قانونية تخضــع لرقابــة محكمة النقض » (12) .

من كل ما سبق يتضح لنا ان المدعى ف ميدان الاثبات لا يراد به المعنى المفهوم عادة من هذا اللفظ . فليس حتما هو من رفع الدعوى ، وانما يتحدد بحسب طبيعة مزاعم الخصوم فى الدعوى ، فمن ادعى شيئا يخالف الوضع الثابت أصــلا أو عرضا أو ظاهرا يكــون هو المدعى الذى عليه الاثبات ، لا فرق فى ذلك بين من رفع الدعوى ومن رفعت عليه .

كما يتضح أيضا ان الخصمين فى الدعوى قد يتناوبان عبء الاثبات تبعا لطبيعة ما يدعيه كل منهما . فالدائن يكون هو المدعى ، والمدين مدعى عليه ، فيكون عبء الاثبات على الدائن . فاذا أثبت الدائـــن الدين وادعــى المدين براءة ذمته انقلب المدين مدعيا ، فينتقل عبء الاثبات الى المديــن . وقد يثبت المدين براءة ذمته ويدعى الدائن خلاف ذلك ، فيعود الدائن ثانية مدعيا فينتقل عبء الاثبات ثانية الى الدائن ، وهكذا حتى يعجز من وقع عليه عبء الاثبات عن القيام به فيخسر الدعوى .

---

(11) السنهورى الوسيط ــ الجزء الثانى ــ صفحة 77 فقرة 53 .

(12) البينة على المدعى ، واليمين على من انكر ــ وفى هذه القضية حول قسم الاستئناف عبء الاثبات عن كاهل المدعى الذى عجز عنه الى المدعى عليه ليثبت أصل حيازته ومدخله ، وذلك خرق للقاعدة (حكم صادر من المجلس الاعلى بتاريخ 14 مارس 1967 منشــور بمجلة قضاء المجلس الاعلى ــ العدد 6 صفحة 13 .

على أنه من الناحية العملية لا تقوم حدود فاصلة ينتقل عندها عبء الاثبات من أحد الطرفين الى الآخر بصورة قاطعة . فالدليل القاطع كثيرا ما يتعذر على الخصم أن يقيمه . والقاضى نزولا منه على حكم الضرورات العملية يكتفى من الخصم بدليل يجعل دعواه قريبة التصديق ، فيكون على الطرف الآخر حينئذ ان يدحض هذا الدليل . وعلى هذا النحو من التيسير والتخفيف ينتهى الامر فى الواقع الى تجزئة عبء الاثبات بين طرفى الخصومة والغالب فى العمل هو ان يدلى كل من الطرفين بما يؤيد دعواه . وللقاضى ان يكون اقتناعه من مجموع ما قدمه الخصوم من ادلة . وقد يحصل أن يتقدم أحد الخصمين بدليل فيتلقفه الخصم الآخر ويفنده ويتخذ منه دليلا لصالحه (13) .

اثر القرائن على القاعدة السابقة :

قد يقع عبء الاثبات على عاتق أحد الخصمين بمقتضى القاعدة الاساسية ، ومع ذلك يكون فى غنى عن اثبات الواقعة التى يدعيها ، وذلك بمقتضى قرينة يقررها القانون لمصلحته . فالمشرع قد يرى فى حالات معينة أن الشخص كثيرا ما يتعذر عليه الاثبات . فيستنبط من احوال الناس وطبائعهم وعاداتهم فى التعامل قرينة تغنى من تقررت لمصلحته عن الاثبات متى توفرت له الظروف اللازمة لقيامها . ولان هذه القرينة مقصود بها تلافى صعوبة الاثبات ، ولانها لا تعدو أن تكون احتمالا قد يخطىء فى بعض الحالات، فانه يجوز نقضها باثبات العكس .

من كل هذا يبين أن القانون قد يقضى بافتراض ثبوت واقعة معينة ، من ثبوت واقعة أخرى ، غالبا ما تكون سهلة الاثبات ، ويترتب على هذا الافتراض بأن من يكلف باثبات الواقعة الاولى يكتفى منه باثبات الواقعة الثانية فتعتبر الأولى ثابتة من اثبات الواقعة التى يدعيها والتى تلزمه قواعد توزيع عبء الاثبات بتقديم الدليل على صحتها . ولكن القانون اذ يعمد الى هذا الافتراض لا يجعله فى أكثر الاحوال قاطعا بحيث يجعل ثبوت الواقعة نهائيا لا مجال للمنازعة فيه ، وانما يفتح للخصم المدعى عليه بهذه الواقعة سبيل اثبات ما يخالفها . الا أنه يلاحظ ان هذا معناه أن من كان من حقه أن يقف موقف الانكار فلا يكلف بالاثبات أصبح مكلفا به . ولذا يقال ان مثل هذا الافتراض ينقل عبء الاثبات من المدعى الى المدعى عليه . وهذا الافتراض القانونى الذى يقبل اثبات عكسه ، يقوم على ما يسمى القرينة

13 الاثبات فى المواد المدنية — عبد المنعم فرج الصدة — صفحة 46 .

البسيطة أى غير القاطعة ، وهو وسيلة من وسائل الصناعة القانونية يلجأ اليه المشرع فى أحوال يقدر انها تستلزم التخفيف من عبء الاثبات باستبدال واقعة سهلة الاثبات بالواقعة الاصلية واجبة الاثبات ونقل عبء الاثبات بالنسبة للواقعة الاصلية الى عاتق المدعى عليه .

ومن ذلك ما تقضي به المادة (63) من قانون الالتزامات والعقود من أنه : « يفترض فى كل التزام ان له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر » فاذا تمسك شخص بسند مثبت لالتزام عقدى ، ولم يكن السند متضمنا لبيان سبب هذا الالتزام لا يطالب هذا الشخص باثبات هذا السبب من قبيل تكليفه باثبات أركان الالتزام الذى يطالب بوفائه ، وانما يفترض توافر السبب المشروع لهذا الالتزام حتى يثبت العكس ، ويكون اثبات العكس على عاتق المدين الذى يعتبر عندئذ مدعيا بما يخالف الثابت فرضا .

ومما تجدر ملاحظته ان القضاء لو التزم تطبيق القواعد الاصلية فى توزيع عبء الاثبات ، وتطلب من المكلف بالاثبات أن يقدم دليلا كاملا على ادعائه ، قبل ان يطلب الى خصمه تقديم ما يؤيد وجهته من أدلة ، لكان عبء الاثبات فى كثير من الاحيان ، عقبة شديدة فى سبيل حصول الشخص على حقه . ومن ناحية أخرى فانه ليس من السهل وضع معيار دقيق للتفرقة بين الاثبات الكامل وغير الكامل ، ولذا فان القضاء لا يطبق بدقة قواعد التوزيع، بل يكتفى عادة ، من المكلف بالاثبات بالدليل الذى يجعل حقه قريب الاحتمال لينتقل الى مطالبة الخصم بتقديم أدلة بدوره ، وعلى هذا النحو من التيسير والتخفيف يصل القاضى الى تجزئة عبء الاثبات بين الخصوم وتحقيق نوع من التعاون على كشف الحقيقة للقضاء .

لا يجوز الزام شخص تقديم دليل ضد نفسه :

مما يتصل بحمل عبء الاثبات ، أن يكون على المكلف به أن يعتمد على نفسه فى استحضار أدلته ، فلا يحق له أن يطلب الزام خصمه بأن يقدم هذه الادلة أو يعاونه فى تقديمها . فمن المبادىء المأخوذ بها فى عالم الاثبات انه لا يجوز الزام الخصم بأن يقدم دليلا ضد نفسه ، ولكن هذا لا يعنى أنه يمتنع على المكلف بالاثبات أن يحصل دليلا لمصلحته من مستند قدمه خصمه الى القضاء فى سبيل اثبات ادعائه هو ، فليس فى هذا مخالفة للمبدأ السابق ، لان تقديم المستند من جانب الخصم كان بارادته ولانه اذا كان من حق الخصم أن يقدم الدليل أو لا يقدمه دون أن يرغم على ذلك فانه ان قدمه يصبح من

حق القاضي أن يحدد دلالته على وجهها الصحيح ، أى أن القاضي يقـدر الدليل بصرف النظر عمن قدمه .

الا أن تطبيق المبدأ السابق بصورة مطلقة قد يؤدى الى حرمان المكلف بالاثبات من دليل حاسم فى اثبات حقه ، وقد تكون ظروف العلاقة بين الخصمين هى السبب فى وجود هذا الدليل تحت يد الخصم ، ولذا فان القضاء الفرنسى يبيح للمكلف بالاثبات ان يطلب من خصمه تقديم ما يوجد تحت يده من أوراق منتجة فى اثبات ما يدعيه فى أحوال معينة ، كما تنص بعض التشريعات على هذا الحق وتنظمه كما هى الحال فى القانون المصرى (16) ويستخلص الفقه (17) من أحكام القضاء الفرنسى أنه يجعل للخصم حق الاثبات ويلقى على خصمه واجب المعاونة فى ذلك ما استطاع اليه سبيلا ، ما دام لا يوجد مانع قانونى كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة . فاذا لم يقم الخصم بواجبه فى المعاونة ، وعطل على خصمه حقه فى الاثبات ، اعتبر فى منزلة من قام الدليل ضده وخسر الدعوى .

وتنص المادة (253) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

« يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب الزام خصمه بتقديمأية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده :

1 ــ اذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها .

2 ــ اذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه وتعتبر الورقة مشتركة على الاخص اذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة .

3 ــ اذا استند اليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى » .

ويدخل هذا الطلب فى نطاق ما يعرف بدعوى الكشف ، وهى دعوى يطالب فيها الخصم بأن يسمح له بمعاينة شىء فى حيازته أو بتقديم مستند يفيد فى الدعوى المعروضة على القضاء ، وقد نظم القانون الالمانى والقانون التركى هذه الدعوى وعنهما أخذ المشرع المصرى فى قانون المرافعات

---

16) المادة 253 من قانون المرافعات .

17) السنهورى الوسيط الجزء الثانى صفحه 40 .

الجديد ، غير انه اقتصر من هذه الدعوى على طلب الزام الخصم تقديم ورقة تحت يده . وهناك اتفاق فى الفقه والقضاء على جواز طلب الزام الخصم تقديم مستند فى حوزته اذا كان هذا المستند مشتركا بين الخصمين واصبح كذلك باسناد الخصم اليه فى الدعوى وذلك على اساس ما ينبغى ان يسود التعامل من حسن النية فى تحصيل الدليل . هذا افضلا عما هو معروف من ان القانون التجارى يأخذ بهذا المبدأ (18) .

المبحث الثالث

قواعد الاثبات والنظام العام

من المتصور أن تتناول الاتفاقات بين الافراد بعض قواعد الاثبات بالتعديل ، من ذلك مثلا أن يتم الاتفاق على تعديل القواعد التى تجعل عبئه على أحد الخصوم دون الآخر . أو القواعد التى تحدد طرق الاثبات كالقاعدة التى تفرض الاثبات بالدليل الكتابى فى بعض الاحوال فما حكم هذه الاتفاقات ؟ يتحدد حكم هذه الاتفاقات من حيث جوازها أو عدم جوازها ، أى من حيث صحتها وبطلانها فى ضوء ما تصل اليه من اعتبار قواعد الاثبات متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به ، ذلك أن كل اتفاق على ما يخالف النظام العام باطل ولا اثر له .

والفصل فى هذه المسالة الاولية لا يثير اى تردد بالنسبة لتلك الطائفة من قواعد الاثبات التى تحدد اجراءاته . فهذه الاجراءات تتصل اتصالا وثيقا بتنظيم العمل أمام القضاء ولذا فلا جدال فى أن تنظيمها يتعلق بالنظام العام باطل ولا أثر له .

ويبقى التساؤل عن مدى تعلق ما يسمى بالقواعد الموضوعية للاثبات بالنظام العام . وقد قام الخلاف فى الفقه حول هذه القواعد ، فقال بعض

18) محمد كمال ابو الخير — قانون المرافعات — صفحة 413 .

الفقهاء الفرنسيين بأن هذه القواعد من النظام العام مما يجعل كل اتفاق على تعديلها باطلا . ولكن الفقه المصرى يرى مع كثير من الشراح فى فرنسا أن القواعد التى تحدد محل الاثبات وتوزع عبئه وتبين طرفه أو وسائله ، هى قواعد تتعلق بحقوق الافراد ، وانه اذا كان للافراد ان ينزلوا عن حقوقهم ذاتها ، فليس من الجائز ان نحرم عليهم النزول عن التمسك بأية قاعدة قانونية تهدف الى حماية هذه الحقوق ، الا اذا وضح قصد المشرع الى حرمانهم من هذا الحق . وانه لا يمكن الاحتجاج للرأى المخالف بصله قواعد الاثبات بالنظام القضائى الا بالنسبة لقواعد الاجراءات .

ويسير القضاء فى فرنسا ومصر على اعتبار قواعد الاثبات غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك أجازت أحكامهما اتفاق الافراد على تعديل القواعد التى توزع عبء الاثبات بين الخصوم .

وقد قضت محكمة النقض المصرية (19) « بأن قواعد الاثبات فى المواد المدنية ليست من النظام العام ، بل هى مقررة لمصلحة الخصوم فقط ، فقعود الطاعن عن التمسك بعدم جواز الاثبات بالبينة حتى سمعت المحكمة الشهود جميعا يعد منه تنازلا عن التمسك فيما بعد بمخالفة الحكم للقواعد المقررة للاثبات » .

وقد أكدت هذا المبدأ غرفة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية فى حكم لها صادر فى 1928/2/27 (20) حيث جاء يقضى على :

« ان مقتضيات الظهير بشأن الاثبات بواسطة الشهود ليست من النظام العام الذى لا يجوز مخالفته بواسطة الاتفاق . وعليه فان الطرف الذى قبل الاثبات بواسطة الشهود خارجا عن الحالات التى يجيزها فيها القانون لا يحق له أن يتمسك ببطلان الحكم الذى أمر بالاستماع الى الشهود لاسيما اذا كان لم يدل اذ ذاك بأى تحفظ » .

وقد أكد هذا المبدأ حكم حديث صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 مارس سنة 1956 (21) .

---

19) حكم محكمة النقض المدنية — صادر فى 1 يونيه 1944 — مجموعة القواعد القانونية — الجزء الرابع صفحة 396 رقم 144 .
20) مجلة التشريع والقضاء المغربية 1929 البند 792/1 صفحة 1
21) مجلة التشريع والقضاء المغربية عدد 1194 سنة 1956 .

ويلاحظ ان المشرع المصرى قد جاء فى المادة (400) من القانون المدنى ففصل فى هذه المسالة بالنسبة الى القاعدة التى لا تجيز البينة بالشهادة فى اثبات تصرف تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو غير محدد القيمة ، اذ أجاز الاتفاق على خلافها ، واذا فهذه القاعدة فى نظر المشرع المصرى لا تمس النظام العام ، وانما تكفل حماية مصلحة خاصة ، فيكون للافراد ان يتفقوا على غيرها .

اما فى القانون المغربى فلا وجود لمثل هذا النص ومع ذلك وعملا بالراى السائد فقها واجتهادا فى فرنسا ومصر لا يسعنا الا القول بأن كل اتفاق يتناول بالتعديل قواعد الاثبات الموضوعية يعتبر اتفاقا صحيحا نافذا، وكذلك فان كل ما يدل على رضاء الخصم اثناء سير الدعوى بهذا التعديل ، ينتج اثره فى عدم ضرورة التزام القواعد الاصلية كما رأينا بالنسبة لتطوع الخصم للاثبات أو سكوته عن الاعتراض على طلب خصمه البينة بالشهادة حيث لا تكفى الشهادة فى الاثبات بحكم القانون .

وكما يقع التعديل الاتفاقى لقواعد عبء الاثبات مقدما قبل حصول النزاع على النحو الذى قدمناه ، كذلك يصح أن يقع هذا التعديل اثناء النزاع ، فيجوز لخصم لم يكن فى الاصل مكلفا باثبات واقعة ان يتطوع لاثباتها ، فاذا أجابه القاضى الى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتج بأنه غير مكلف قانونا بالاثبات ذلك أن تطوعه لاثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الاثبات اليه ، فيلزمه أن يضطلع بهذا العبء . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القواعد التى تبين على اى خصم يقع عبء الاثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، واذن فمتى كان الطاعن قد طلب من المحكمة احالة الدعوى على التحقيق لاثبات ما يدعيه ، فليس له أن ينعى بعد ذلك على الحكم باجابته الى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعا لاثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه (22) .

يخلص مما تقدم أن القواعد التى تتعلق بمحل الاثبات وعبئه وطرقه لا تتصل بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق مقدما على خلافها ، ويصح النزول عنها أثناء سير الدعوى ، ولا يجوز التمسك بها فى اية حالة كانت عليها الا اذا كان هذا التمسك فى أول مرحلة من مراحل الدعوى وقبل الدفع بالاساس ، ولا يحق للقاضى أن يرفض من تلقاء نفسه مخالفتها . ذلك لان

(22) الوسيط ــ السنهورى ــ الجزء الثانى صفحة 88 و 89 .

قواعد الاثبات وثيقة الصلة بالحق . فالتنازل عنها أو التعديل فيها يمس الحق عن قرب . واذا كان للشخص أن يتنازل عن حقه أو يعدل فيه ، فبديهى أن يكون له ذلك فيما يتعلق باثباته ، فهو يتخذ ما يروقه لاثبات حقه ، لا جناح عليه فى ذلك الا أن يكون المشرع قد حد من حريته فى هذا الشأن بتنظيم آمــــر .

أما بالنسبة لقواعد الاجراءات الخاصة بالاثبات فلا نزاع فى أنها تتعلق بالنظام العام لانها تتصل بنظام التقاضى .

الفصـــل الثالــث

طــــرق الاثبـــــات

مذهب الاثبات المختلط الذى يأخذ به القانون المغربى وغيره مـــن القوانين التى اعتنقت هذا المذهب فى تنظيم الاثبات فى المسائل المدنية لا يتعارض مع تقييد وسائل الاثبات فقد حصر المشرع المغربى الادلة التى يجوز استخدامها للاثبات أمام القضاء أى أنه قد حدد طـــرق الاثبـــــات (Mode de preuve) ومقتضى هذا ان الخصم لا يسعه ان يثبت ادعاءه الا بالدليل الذى يحدده القانون كما أن القاضى يتعين عليه الا يبنى حكمه الا على أدلة يقررها القانون .

وطرق الاثبات أو البينات التى ذكرها المشرع المغربى هى : الكتابة، وشهادة الشهود ، والقرائن ، والاقرار ، واليمين ، والمعاينة والخبرة ، غير أن قانون الالتزامات والعقود لا يتناول من هذه المسائل الا الخمـــس الاولى فقد نصت المادة (404) على ان :

وسائل الاثبات التى يقررها القانون هى :

1 ــ اقرار الخصم .

2 ــ الحجة الكتابيـــة .

3 ــ شهادة الشهـــــود .

4 ــ القرينـــة

5 ــ اليمين والنكون عنها » .

اما الخبرة والمعاينة فقد نظمتها نصوص فى قانون المسطرة المدنية، المواد من (59 الى 84) والمعاينة (Visite des lieux) هى مشاهدة المحكمة للاشياء التى يثور حولها النزاع ، بانتقالها الى مكان وجودهـــا كوسيلة للتثبت من ادعاءات الخصوم بشأنها .

وتعتبر المعاينة من اهم الادلة التى توصل الى الحقيقة لان القاضى يلمس فيها بنفسه الوقائع المنازع فيها (1) . وقد نظمها قانون المسطرة المدنية فجعل للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال بكامل هيئتها أو تنتدب أحد قضاتها لمعاينة المتنازع فيه .

ويتضح من طبيعة كل من المعاينة والخبرة كوسيلة للاثبات أنهما لا تحتاجان فى تنظيمهما لغير القواعد الشكلية أو الاجرائية التى تبين كيفية الالتجاء لكل منهما ، ولذا جعل المشرع موضع هذا التنظيم فى قانون المسطرة المدنية .

والفقه يتناول البينات أو وسائل الاثبات بتقسيمات متعددة بتعدد الاسس التى تتخذ للتقسيم ، فيقسمها على أساس اختلافها من حيث قبولها فى الاثبات الى أدلة مطلقة وأدلة مقيدة .

والادلة المطلقة هى تلك التى تقبل لاثبات جميع الوقائع سواء أكانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية وهى الكتابة والاقرار واليمين ، أما شهادة الشهود والقرائن فهى من الادلة المقيدة بمعنى أنها تقبل لاثبات الوقائع المادية دائما ولكنها لا تقبل لاثبات التصرفات القانونية فى جميع الاحوال .

ويلاحظ أن الاصل هو قبول كل وسائل الاثبات بالنسبة لاية واقعة ما لم يقض القانون بغير ذلك . أى الاصل هو اعتبار وسائل الاثبات مطلقة، وان تقييد الدليل لا يكون الا بنص القانون على عدم قبوله لاثبات بعض الوقائع ولذا تقضى المادة (401) من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

« لا يلزم ، لاثبات الالتزامات ، أى شكل خاص ، الا فى الاحوال التى يقرر القانون فيها شكلا معينا .

اذا قرر القانون شكلا معينا ، لم يسغ اجراء اثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه ، الا فى الاحوال التى يستثنيها القانون .

اذا قرر القانون أن يكون العقد مكتوبا اعتبر نفس الشكل مطلوبا فى كل التعديلات التى يراد ادخالها على هذا العقد » .

1) الاثبات فى المواد المدنية ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ صفحة 66 فقرة 58 .

ويذكر الفقه (2) في هذا التصنيف أن طرق الاثبات تنقسم الى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الاثبات أما الطرق ذات القوة المطلقة فى الاثبات فهى الطرق التى تصلح لاثبات جميع الوقائع سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية ، وأيا كانت قيمة الحق المراد اثباته ولا يوجد من الطرق التى نعالجها ما هو ذو قوة مطلقة فى الاثبات على هذا النحو الا الكتابة ، فهى تصلح لاثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق . والطرق ذات القوة المحدودة فى الاثبات هى الطرق التى تصلح لاثبات بعض الوقائع القانونية دون بعض ، فهى اذن محدودة القوة . وهذه هى الشهادة والقرائن القضائية اذ هى لا تصلح لاثبات التصرفات القانونية اذا زادت قيمتها على نصاب معين الا فى حالات استثنائية معينة وكذلك اليمين المتممة طريق للاثبات ذات قوة محدودة فهى لا تصلح الا لاتمام دليل ناقص . والطرق المعفية من الاثبات هى الاقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ، ولما كانت هذه الطرق تعفى من الاثبات ، فهى تصلح للاعفاء من اثبات أية واقعة مادية او أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته ، فهى من هذه الناحية ذات قوة مطلقة .

ويرى الفقهاء أن هذا التقسيم هو أهم التقسيمات جميعا ، اذ هو يرتكز على ما لكل طريق من قوة فى الاثبات ، والقوة فى الاثبات هى التى تخلع على كل طريق قيمته وتميزه من الطرق الاخرى .

وهناك تقسيم آخر يقسم به الفقهاء البينات أو طرق الاثبات الى طرق ذات حجية ملزمة وطرق ذات حجية غير ملزمة .

فالطرق ذات الحجية الملزمة هى الطرق التى حدد القانون مبلغ حجيتها ولم يتركها لمحض تقدير القاضى . وهذه هى الكتابة والاقرار واليمين والقرائن القانونية والطرق ذات الحجية غير الملزمة هى شهادة الشهود والقرائن القضائية ، فحجية هذين الطريقين من طرق الاثبات غير ملزمة للقاضى ، فهو حر فى تكوين مبلغ اقتناعه بشهادة الشهود وفى استنباط القرائن القضائية من وقائع الدعوى وظروفها .

ويقسم بعض الفقه طرق الاثبات الى طرق مباشرة وطرق غير مباشرة : فالطرق المباشرة هى التى تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد اثباتها . وهذه هى الكتابة وشهادة الشهود .

---

2) السنهوري الوسيط ــ الجزء الثانى ــ صفحة 103 فقرة 65 .

والطرق غير المباشرة هى التى لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد اثباتها ، ولكن تستخلص من طريق الاستنباط . وهذه هى القرائن والاقرار واليمين .

والحقيقة أن الكتابة وشهادة الشهود والقرائن على اختلاف قوتها فى الاثبات ، تتفق فى أنها أدلة بالمعنى الصحيح اذ يتخذها القاضى وسائل لاصدار حكمه الفاصل فى النزاع .

أما الاقرار واليمين (الحاسمة) فانها تكاد أن تعتبر صورا للفصل فى النزاع قبل الحكم فيه ، ولذا لا تعد من وسائل الاثبات الا تجاوزا ، مما يبرر أن تسمى الادلة غير العادية أو الاحتياطية . والواقع أن الاقرار اعتراف بادعاء الخصم يزيل النزاع حوله ، فلا يعود فى حاجة الى الاثبات ، واليمين الحاسمة احتكام الى ذمة الخصم وترك مصير الحق الى قوله المؤيد باليمين، وكل منهما لا يستخدم فى الاثبات الا نادرا ، ولذا فان كان كل منهما دليلا فهو دليل غير عادى أو احتياطى .

ولربما كان خير تقسيم للبينات أو طرق الاثبات هو ذلك الذى يفرعها الى قسمين :

1 ـ طرق اثبات أصلية أو عادية .

2 ـ وطرق أثبات غير أصلية أو احتياطية .

فأساس هذا التقسيم يقوم على طبيعة الدليل ودوره فى الاثبات . فطرق الاثبات الاصلية أو العادية هى الكتابة وشهادة الشهود والقرائن .

أما طرق الاثبات غير الاصلية أو الاحتياطية فهى الاقرار واليمين (الحاسمة) .

من كل ما سبق يبين لنا أن قواعد الاثبات ليست كلها من طبيعة واحدة فبعضها قواعد تتعلق بالتنظيم الموضوعى والبعض الاخر قواعد تتعلق بالشكل والاجراءات .

فأما القواعد الموضوعية فقد تكفل بتنظيمها قانون الالتزامات والعقود، واما قواعد الاجراءات وهى تلك التى تتبع فى اقامة الادلة عندما يكون النزاع معروضا على القاضى فقد تكفل بتنظيمها قانون المسطرة المدنية . ونحن فى دراستنا لوسائل الاثبات سوف نحاول جمع كل من القواعد الموضوعية والاجرائية فى مبحث واحد حتى تتكون للقارىء فكرة عامة عن الاحكام التى تخضع لها هذه الوسائل فى التشريع المدنى المغربى ، وحتى نمهد السبيل بهذه المحاولة المتواضعة للمشرع المغربى لجمع قواعد الإثبات فى مجموعة مستقلة وذلك فيما أذا جنح لتعديل القانون الحالى .

الباب الثاني

وسائل الاثبات (الأدلة)

حصر ادلة الاثبات فى القانون المغربى :

حصر المشرع المغربى الادلة التى يجوز استخدامها للاثبات امام القضاء فجعلها الكتابة (المحررات) وشهادة الشهود والقرينة والاقرار واليمين وقد نظم قانون الالتزامات والعقود فى نصوصه كل هذه الوسائل .

وقد سبق لنا ان قلنا أن الفقه تناول وسائل الاثبات بتقسيمات متعددة بتعدد الاسس التى تتخذ للتقسيم وقلنا أن أحسن تقسيم فى نظرنا هو الذى يقسم الادلة من حيث دورها فى الاثبات الى ادلة عادية او اصلية وادلة غير عادية أو احتياطية . والادلة العادية تعتبر كذلك نظرا الى انها هى الوسائل التى يتحقق فيها معنى الدليل باعتباره وسيلة لاقناع القاضى بحقيقة الادعاء ، حتى يصدر حكمه بناء على هذا الاقناع ، ولا تعتبر بذاتها فاصلة فى النزاع بين الخصوم ، كما هى الحال فى الادلة غير العادية .

ويتناول بحثنا لوسائل الاثبات الترتيب الآتى :

الفصل الاول : الكتابة .

الفصل الثاني : شهادة الشهود .

الفصل الثالث : القرائن .

الفصل الرابع : الاقرار .

الفصل الخامس : اليمين .

الفصل الاول

الكتابة

تمييز الكتابة اللازمة للاثبات عن انواعها الاخرى :

1 — تجب التفرقة بين التصرف وطريقة اثباته . فعدم توفر الوسيلة التى يتطلبها القانون لاثبات التصرف لا أثر له على وجود هذا التصرف . وان كان الحق الذى يترتب عليه قد يضيع على صاحبه لعدم امكان الاثبات . فاذا كان الدليل الذى يتطلبه القانون لاثبات التصرف هو الكتابة . فان عدم وجود هذه الكتابة أو بطلانها لا يؤثران على وجود التصرف أو صحته ، ويمكن اثبات هذا التصرف بالوسائل الاخرى غير العادية .

2 — يجب التمييز بين الكتابة الشكلية والكتابة المطلوبة للاثبات : فالكتابة اللازمة للانعقاد شرط ضروري لوجود العقد قانونا ، وتخلف الشكل عندئذ يعنى نقص ركن من أركانه وانعدام أثره نتيجة لبطلانه ، مهما قام الدليل على اتجاه الارادة اليه ، ومهما اعترف طرفاه باتفاقهما المجرد من الشكل . فالكتابة هنا تعتبر شرطا شكليا وبالتالى فالعقد لا يقوم الا اذا ورد الرضاء به فى الشكل المتطلب قانونا والشكل هنا هو الكتابة . أما الكتابة المطلوبة للاثبات فلا أثر لانعدامها على وجود العقد ، فالعقد ينشأ ويوجد وينتج آثاره . فاذا كان معترفا به من طرفيه لم يكن فى حاجة الى اثباته بالكتابة ، كما أن الاقرار يحل محل الدليل الكتابى فى هذا الاثبات كما يمكن الوصول الى اثباته بالالتجاء الى اليمين الحاسمة . وقد يتم اتفاق شخصين على ضرورة الكتابة فى ابرام عقودهما ، فاذا لم يظهر من شروط هذا الاتفاق أنهما علقا التزامهما بالعقد على اتمام الكتابة ، يفترض أن هذه الكتابة يقصد بها أن تكون وسيلة للاثبات لا كتابة شكلية ، وذلك أخذا بالاصل والقاعدة فى انعقاد العقود ، وهو رضائيتها .

3 — يلاحظ فى العمل أنه قد يعبر أحيانا بالعقد عن الورقة أو المحرر المثبت لاتفاق من الاتفاقات فيقال مثلا ان الاتفاق مثبت فى عقد رسمى

او عقد عرفى . ولا يصح أن يستعمل مصطلح العقد فى الدلالة على شىء مادى مختلف عن جوهر الاتفاق بين الارادتين هو الورقة التى يثبت بها مثل هذا التصرف بل يجب أن تطلق على اداة الاثبات الكتابى تسمية تميزها عن العقد ذاته فتسمى المحرر أو الورقة . وقد فضل قانون الالتزامات والعقود الاسم الاخير فى النصوص المتعلقة بالاثبات بالكتابة (416 — 442) .

الكتابة هى الاصل فى اثبات التصرفات القانونيـــة :

الاصل أن يكون اثبات التصرفات القانونية بالكتابة ، والاستثناء هو اباحة الاثبات بالشهادة بالنسبة الى التصرفات التى لا تجاوز قيمتها نصابا معينا . وقد كانت الشهادة فى الماضى من اقوى الادلة ، بل كانت هـــى الدليل الغالب فى وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ، وكانت الامية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم والبيان ، حتى كانت الشهادة هى التى تستأثر باسم « البينـــة » دلالة على أن لها المقام الاول فـــى البينـــــات .

ولما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الامية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم اخذت المكان الاول فى الاثبات ، ونزلت الشهادة الى المكان الثانى لمـــا تنطوى عليه من عيوب ظاهرة . فالشهادة تقوم على أمانة الشهـــود ، والشهود حتى اذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم ان الدقـــة تنقصهم ، هذا الى انه اذا أفسح المجال للاثبات بالشهادة ، واصبح اعتماد القضاء عليها ، كثرت القضاياالكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . أما الكتابة فكفتها راجحة ، ومتى كانت بعيدة عن التزوير ، فهـــى ادق اداء واكثر ضبطا للواقع . ثم هى لا يرد عليها النسيان ، فهى دليل هيىء مقدما ليحيط بالواقعة المراد اثباتها احاطة شاملة ، لانها انمـــا أعدت لهـــذا الغرض (1) .

وتظهر اهمية الاثبات بالكتابة ، عندما يقوم الافراد بابرام تصرفات قانونية ، أو عندما تترتب لهم علاقة بأعمال قانونية ، يكون من مصلحتهم

1) السنهوري ـ الوسيـط الجـزء الثانـي صفحـة 319 فقـــرة 165

أن يعدوا الدليل عليها مقدما ، تفاديا لمفاجآت قد تطرأ فيما بعد ، حتى ولو كان احتمال قيام نزاع بشأن تلك التصرفات أو الاعمال هو منتف في الحاضر . فالادلة المهيأة ـ ولا سيما الادلة الكتابية منها ـ تجعل المتعاقد مطمئنا لعقد أجراه ، اذ يزول بشأنه او يقل احتمال النزاع في المستقبل . واذا صادف أن حصل مثل هذا النزاع ، فيكون الدليل المهيأ حاسما له ، لمصلحة الفريق الذي يملكه .

ومن مصلحة الافراد ، ومن المصلحة العامة اذن أن يلزم المشرع أصحاب الشأن باعداد الدليل مقدما على عقودهم وأعمالهم القانونية حيث يتسنى هذا الامر ، تحت طائلة رد الدعوى التي لا يستند الحق فيها الى هذا الدليل . ومع اعطاء الدليل المذكور قوة ثبوتية قاطعة في معظم الاحوال ، وحيث تتوفر بعض الشروط والضمانات التي يفرضها القانون لهذه الغاية .

وهذا الالزام باعداد الدليل مقدما لا يعتبر من قبيل بعث الشكليات وتعقيد العلاقات بين الافراد ، بل يرمي بالعكس الى توطيد السلامة والاستقرار في التعامل والى منع التلاعب والغش بقدر المستطاع . وأن ادخال الشكليات بهذه الطريقة يختلف عما كان عليه في القديم . اذ أصبحت هذه الشكليات الآن تتسم بطابع المنطق والافادة ، متخلية عن طابعها العفوي أو الرمزي السابق . وان الصيغة التي تطلب حاليا للعقود والاعمال القانونية يجب أن تكون على شيء من المرونة والانسجام مع مقتضيات الحياة الاجتماعية المتطورة . ويكون من الصالح العام أن تصبح البينة المهيأة شاملة ليس فقط التصرفات القانونية ، بل أيضا الافعال المادية بقدر ما يسهل تنظيمها وانطباقها عليها ، وان فوائد الدليل المهيأ في صيانة الحقوق وحسم المنازعات قد بلغت حدا دفع الافراد الى اعتماده حتى في حقل الافعال المادية عندما يتسنى لهم ذلك : كما في حوادث السيارات مثلا ، حيث تعتمد المعاينة الفورية من قبل خبير يصف الوضع بدقة ويلتقط الصور اللازمة لحفظ آثاره ، وقد اعتمد مثل هذا الدليل أيضا لاثبات الخيانات الزوجية [1] .

---

(1) ادوارعيد ـ قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية ـ الجزء الاول ـ صفحة 132

مما سبق يبين أن الكتابة لم يصبح لها الصدارة على الشهادة الا فى العصور الحديثة . فقديما كانت الشهادة فى المرتبة الاولى بين الادلة ، وقد أبقى قانون المرافعات الالمانى على هذا الوضع . غير ان الثقة بالشهادة اخذت تتزعزع منذ القرن السابع عشر لاكثر من سبب ، ففساد الذمم قد يغرى بشهادة الزور ، وتقادم العهد على التصرف قد يندر معه وجود الشهود والاهم من هذا وذاك انه ثبت من الدراسات النفسية والتجارب أن قوة ذاكرة الشهود وقدرتهم على الملاحظة كثيرا ما تقصران عن استيعاب الواقعة بتفاصيلها وادراك الامور على حقيقتها . كما أن اتساع المجتمعات أصبح القاضى معه لا يعرف أشخاص الشهود ، ولا يعلم شيئا عن مقدار اتصافهم بالصدق والامانة ولا عن مبلغ ادراكهم للامور . واضطر ان يفترض توافر هذه الصفات فى كل شاهد حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . ورغم كل هذا فالقضاء لا يستغنى عن الالتجاء الى الشهادة ، وقد حاطها المشرع بكثير من الضمانات ، فرسم اجراءات التحقيق ، وفرض عقوبة مشددة لشهادة الزور ، وخول القاضى سلطة مطلقة فى تقدير قيمة الشهادة ، وأعطاه حرية تامة فى الاخذ بها أو طرحها طبقا لاقتناعه بصحتها أو عدمه . ومع كل هذه الضمانات ، ظلت الشهادة دليلا يمكن أن يتطرق اليه الشك .

من أجل ذلك أنزل القانون الشهادة دون منزلة الكتابة ، لا فحسب من ناحية أن جعل الشهادة ذات قوة محدودة فى الاثبات ، بل أيضا بأن جعل للقاضى بالنسبة الى الشهادة سلطة تقدير واسعة ، هى أكبر بكثير من سلطته بالنسبة الى الكتابة . فالقاضى ينظر أولا ، هل الاثبات بالشهادة فى الاحوال التى يجيزها القانون مستساغ ، فاذا كان مستساغا نظر ثانيا ، هل الوقائع المراد اثباتها بالشهادة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة فى اثباته ، وهو فى ذلك يتمتع بسلطة تقدير أوسع مما له فى الاثبات بالكتابة . فاذا ما قدر بعد كل ذلك أن يسمع الشهادة ، كان له أخيرا ، سلطان واسع فى تقدير ما اذا كانت الشهادة التى سمعها مقنعة فى الاثبات .

ومما تجدر ملاحظته أن الاثبات — كما سبق لنا البيان — هو اقامة الدليل على وجود حق منازع فيه أمام القضاء . واقامة الدليل

ليست هى التى تحسم النزاع ، وانما الحكم الذى يصدر فى الدعوى بناء على هذا الدليل . ومن هذا تكون الادلة بمعنى الكلمة هى الكتابة والشهادة والقرائن القضائية ، لان الواقعة التى نثبت بدليل من هذه الادلة تظل محل نزاع حتى يصدر الحكم فى الدعوى . اما الاقرار واليمين الحاسمة فلا يعتبران من طرق الاثبات الا تجوزا وبحسب الظاهر لانهما يحسمان النزاع قبل صدور الحكم فى الدعوى . فالاقرار أمام القضاء اعتراف بواقعة يجعلها فى غير حاجة الى الاثبات ، وبذلك لا يعتبر من طرق الاثبات الحقيقية . ومع ذلك فله أهميته فى الاثبات كطريق غير عادى ، يلجأ اليه من أعوزه الدليل . واليمين الحاسمة ليست فى حقيقتها سوى احتكام الى ذمة الخصم . فهى كالاقرار طريق غير عادى ، يتخذه من تجرد من الدليل . وحتى اليمين المتممة ، فوق اعتمادها على ذمة الخصم ، تعتبر طريقا اضطرارية يلجأ اليها القاضى لاكمال اقتناعه .

ولان الاقرار واليمين يصدران من المدعى عليه ويحسمان النزاع قبل الحكم فى الدعوى ، فقد اعتبرا من الادلة الملزمة للقاضى ، ولا يتساوى معهما فى هذا من الادلة الاخرى سوى الكتابة اذا لم ينكرها الخصم أو يدع تزويرها ، وهذه الادلة الثلاثة تعتبر كذلك أدلة مطلقة ، اى تثبت بها جميع الوقائع القانونية .

اما الشهادة والقرائن القضائية فهى على عكس الاولى ، أدلة غير ملزمة للقاضى وانما مقنعة ، أى تخضع لتقديره ، وهى كذلك ادلة مقيدة يثبت بها بعض الوقائع القانونية دون البعض الآخر . فطرق الاثبات الحقيقية هى : الكتابة ، والشهادة ، والقرائن القضائية . وقد أنزل القانون القرائن منزلة الشهادة ، وجعلهما فى المرتبة الثانية بعد الكتابة فى اثبات التصرفات القانونية . فالاصل أن يكون الاثبات بالكتابة ، والاستثناء هو اباحة الاثبات بالشهادة بالنسبة الى التصرفات التى لا تجاوز قيمتها نصابا معينا . ولهذا جعل المشرع للكتابة حجية ملزمة للقاضى ، ما لم ينكرها الخصم أو يدع تزويرها ، بينما اخضع الشهادة لتقدير القاضى ، فخوله بالنسبة اليها سلطة كاملة ، لا تمتد اليها رقابة محكمة النقض . وخضوع الشهادة لتقدير القاضى يراد به أن القاضى

له ان يأخذ بشهادة الشهود اذا اطمأن اليها ، وله أن يتغاضى عنها اذا ساوره الشك فى صدقها . أما كون الاثبات بالشهادة يجوز فى الدعوى المعروضة اولا يجوز ، فمسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض .

ولا يخفى أيضا أن الكتابة تحصل فى وقت لا نزاع فيه ، تقرر فيه الحقائق على طبيعتها ، فعند تقديمها للقضاء تنطق بتلك الحقائق التى سبق اثباتها بدون غرض او تحيز أو خطأ او نسيان كالشهود الذين يسمعون عند النزاع . ولذلك يتقيد القاضى بالكتابة ما لم يثبت أنها مزورة أو يثبت عكسها بالكتابة كذلك . وكما أن الشاهد عرضة لفساد الذمة والكذب والخطأ والنسيان والمحاباة والانتقام والرشوة وعدم دقة الملاحظة واشتغال الذهن بأمر آخر ، فان الكتابة ايضا عرضة للتزوير ، ولكن كشف هذا العيب أسهل من كشف عيوب شهادة الشهود . وقد بين قانون المسطرة الاجراءات اللازمة لكشفه وأباح الطعن فى الورقة بالتزوير أو بمجرد انكار توقيعها .

وقد اتبعت معظم الشرائع قاعدة « الكتابة هى الاصل فى الاثبات » كما أن القرآن الكريم أتى فى آية المداينة بأرقى وأسمى مبادىء الاثبات فى العصر الحديث قال الله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فان كان الذى عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى ولايأب الشهداء اذا ما دعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى اجله ذلكم اقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها واشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم واتقوا

الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم وان كنتم على سفر ولـم تجـدوا كاتبا فرهان مقبوضة فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن امانته وليتق الله ربه ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه والله بما تعملـون عليـم » .

ومن هذه الآية الكريمة يتضح أن الكتابة لها مكانة رئيسية فـى الاثبـات .

واذا كان الدليل الكتابى أو الدليل المهيـأ ليس شائعا فى اثبـات الافعال المادية ، فذلك لسببين : من جهة ، لان هذه الافعال تترك عادة ، لدى حصولها ، اثرا حسيا تسهل اقامة الدليل عليه ، بخلاف الاعمـال القانونية التى تنطوى غالبا على مجرد تعبير عن ارادة المتعاقدين . ومـن جهة ثانية ، لان الآثار القانونية الناتجة عن الافعال المادية لا تتحقق فورا ، فلا يؤاخذ بالتالى أصحاب الشأن فيما لو أهملوا اعداد الدليل عليها فى الحال . وان الدليل المهيأ ، كما عرفه القانون ، لم يتخذ سوى الشكل الكتابى : كالسند العادى والسند الرسمى ، وسائر المخطوطات المعتمدة فى الاثبات كالدفاتر التجارية والرسائل البريديـة والاوراق والسجـلات المنزلية ، الا أن تقدم العلم والفن كشف عن طرق أخرى لاعداد الادلة ، وبشأن مختلف الاعمال القانونية والمادية : كتسجيل الصوت بطريقـة الآلات الحديثة ، أو تصوير الحركات والافعال المادية والسندات الخطية بواسطة آلات معينـة (1) .

أنـواع المحـررات أو الاوراق :

تنقسم المحررات أو الاوراق التى يمكن استخدامها فى الاثبات الى أوراق رسمية وأوراق عرفية ، فالاولى هى التى تكون محررة بمعرفة

---

1) ادوارعيـد ـ المرجـع السابـق صفحـة 133

شخص ذى صفة رسمية ، اى موظف من موظفى الدولة او شخص مكلف بخدمة عامة . والثانية هى التى تكون محررة بمعرفة أشخاص عاديين ليست لهم هذه الصفة . ولكل من هذين النوعين من الاوراق شروطه وقوته فى الاثبات وفى التنفيذ . لكن يلاحظ ان اشتراك شخص ذى صفة رسمية فى تحرير الورقة الرسمية ، وما يستلزمه ذلك من ضرورة توفير الثقة فى اعماله ، جعل للورقة التى يقوم بتحريرها حجية أقوى من حجية الاوراق العرفية التى يحررها الافراد العاديون ، فيلزم لتكذيب ما فى الورقة الرسمية من بيانات رسمية اتخاذ طريق الطعن بالتزوير ، فى حين أن القانون لم يجعل للورقة العرفية قوتها كدليل كتابى ، الا اذا اعترف بها من يتمسك بها ضده ، او اذا اثبت المتمسك بها صحتها اذا أنكرها من صدرت منه . ولكن هذا التفاوت فى الحجية بين نوعى المحررات او الاوراق ، لا ينفى ان الورقة العرفية كالورقة الرسمية مقبولة للاثبات حيث يلزم الدليل الكتابى .

وقد راينا ان الكتابة تجب فى اثبات التصرفات القانونية كقاعدة ، وهذا ما جعل المشرع يعنى ببيان أنواع الاوراق وشروطها وقيمة كل منهما فى الاثبات .

ونعرض فيما يلى لبيان شروط نوعى الاوراق التى تصلح دليلا كتابيا وحجية كل منها فى الاثبات :

الاوراق التى تصلح دليلا كتابيا :

نقسم دراستنا للاوراق التى تصلح للاثبات الى فرعين نعالج فى اولهما الاوراق الرسمية وفى ثانيهما الاوراق العرفية . وذلك من حيث شروطها وحجيتها فى الاثبات وقوتها فى التنفيذ .

الفــرع الاول

الاوراق الـرسميـة

تعـريـف الـورقـة الـرسميـة :

نصف المادة (417) من قانون الالتزامات والعقود علـى ان : « الدليل الكتابى ينتج من ورقة رسمية او عرفية ، ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر المطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولـة والمذكـرات والوثائق الخاصة ومن كل كتابة أخرى مع بقاء الحق للمحكمة فى تقدير ما تستحقه هذه الوسائل من قيمة حسب الاحوال ، وذلك ما لم يشترط القانون أو المتعاقدان صراحة شكلا خاصا » .

ويظهر تعريف الورقة الرسمية وشروطها من المادة (418) مـن قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بأن : « الورقة الرسمية هى التى يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق فى مكـان تحرير العقد ، وذلك فى الشكل الذى يحدده القانون . وتكون رسميـة أيضـا :

1) الاوراق المخاطب عليها من القضاة فى محاكمهم .

2) الاحكام الصادرة من المحاكم المغربية والاجنبية ، بمعنى أن هـذه الاحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة علـى الوقائع التى تثبتها » .

ويتضح من هذا النص أن وصف الورقة بالرسمية هو نتيجة لتحريرها بمعرفة شخص له صفة رسمية (موظف عام أو شخص مكلف بخدمـة عامة له صلاحية التوثيق) .

شروط الورقة الرسمية :

يستخلص من نص المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود التى عرفت الورقة الرسمية أن الشروط الواجب توافرها لكى تكسب الورقة صفة الرسمية هى الشروط الآتية :

أو لا : أن يقوم بكتابة الورقة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .

نصف الفقرة الاولى من المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود على أن « الورقة الرسمية هى التى يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق . . . » .

فالورقة الرسمية يجب اذن أن تكون صادرة من الموظف العام بأن يكون هو الذى حررها ، وليس من الضرورى أن تكون مكتوبة بخطه ، بل يكفى أن يكون تحريرها صادرا باسمه ، ويجب على كل حال أن يوقعها بامضائه . والموظف العام هو — فيما يتعلق بهذا الموضوع — شخص تعينه الدولة لاجراء عمل من الاعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها سواء آجرته على هذا العمل أو لم توجره .

ولا يشترط فى اعتبار الشخص موظفا عاما أن يكون من موظفى الدولة بالذات ، بل يكفى أن يكون موظفا باحدى الهيئات التابعة لها ، فصفة الموظف العام تتوافر للمعنيين من الهيئات الاقليمية كالمجالس البلدية أو من المنشآت العامة ذات الشخصية المستقلة .

ويتنوع الموظفون العامون بتنوع الاوراق الرسمية . فالموظف الذى يقوم بتحرير التصرفات التى ينشئها الافراد هو الموثق ، والموظف الذى يقوم بكتابة الاحكام هو القاضى ، والموظف الذى يساعد القاضى فى أداء مهمته ويثبت ما يدور فى جلسة القضاء من اجراءات هو كاتب الجلسة ، والموظف الذى يقوم باعلان أوراق المحاكمة وتبليغها هو المبلغ أو عون

الكاتب الا أن هناك طائفة خاصة من الاشخاص هم الموثقــون ، يعينــون أصلا لتلقى اتفاقات الافراد وتصرفاتهم لاثباتها فى أوراق رسمية ، ويدخل فى عملهم توثيق كل أنواع العقود والتصرفات فيما عدا عقــود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمغاربة المسلمين فهذه باقية فى اختصاص العدل .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (418) من قانــون الالتزامــــات والعقود على أنــــه : « وتكون رسمية أيضا :

1) الاوراق المخاطب عليها من القضاة فى محاكمهم .

2) الاحكام الصادرة من المحاكم المغربية والاجنبية ، بمعنى أن هــــذه الاحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التى تثبتهــا » .

ثانيــا : أن يكون الموظف الذى قام بتحرير الورقة مختصا بتحريرها وله صلاحية التوثيق . عندما عرفت المادة (418) من قانون الالتزامــات والعقود الورقة الرسمية لم تكتف بالاشارة الى استلزام صدور الورقة الرسمية من موظف عام بل استلزمت شرطا ثانيا وهو أن يكون هــذا الموظف مختصا بتحريرها وله صلاحية التوثيق .

ويكون الموظف مختصا بتحرير الورقة اذا كان ذلك مما يدخل فى عمله من حيث طبيعة الورقة ومن حيث مكانها .

ففيما يتعلق بطبيعة الورقة يجب أن يكون الموظف العام أو الشخص الذى له صلاحية التوثيق مختصا بتحرير الورقة وأن يكون هذا التحرير مما يدخل فى عمله من حيث نوع الورقة . ذلك أن كل نوع من الاوراق الرسمية تختص بتحريرها طائفة معينة من الاشخاص والموظفين . فالاحكام يختص كما سبقت الاشارة بكتابتها القضاة ومحاضر الجلسات يختــص بكتابتهــا كتاب الضبط ، والتبليغات القضائية يكتبها كتاب الضبط أيضا أو أعوانهم ،

وعقود الزواج يكتبها العدول . والاوراق الرسمية الخاصة بالتصرفات القانونية المدنية والتجارية يختص بتوثيقها موثقون ف مكاتب التوثيق . فاذا حرر الموظف ورقة لا تدخل فى نوع الاوراق التى يختص بكتابتها فلا تكون ورقــة رسميــة .

أما فيما يتعلق بمكان تحرير الورقة فيرجع الى أن الموظف المختص بتحرير الورقة لا يعتبر كذلك الا اذا كان ذا اختصاص بتحريرها فى المكان الذى حررها فيه . ذلك أن لكل من الموظفين والاشخاص الذين لهم صلاحية التوثيق اختصاص فى دائرة اقليمية معينة لا يجوز له تخطيها فالعدول لا يستطيعون أن يحرروا عقودا أو اشهادات غير ما جعل لهم تحريره وكــل ما يوثقونه من أوراق غير ذلك لا تكون له صفة رسمية ، كما أنهــم لا يستطيعون أن يباشروا عملهم فى غير النطاق المكانى المحدد لاختصاصهم.

وشرط اختصاص الموظف بتحرير الورقة يستلزم قيامه بذلك أثناء ولايته ، أى بعد تعيينه ومباشرته العمل لا قبل ذلك ، وقبل عزله مــن وظيفته أو نقله منها . ومتى كان صدور الورقة من الموظف فى أثناء تبوث ولايته لكتابتها فلا يؤثر فى اعتبار الورقة رسمية أن يكون تعيين الموظف فى وظيفته وقع موافقا أو مخالفا للقوانين التى تبين شروط التعيين فى مثل هذه الوظيفة . كما أن أى شخص تعينه سلطة غير شرعية لتوثيــــق المحررات يعتبر مختصا بتحريرها وفقا لنظرية الموظف الفعلي بشروطها المعروفة فى القانون الادارى .

ثالثــا : مراعاة الشكل الذى يحدده القانون فى تحرير الورقــة :

نصت الفقرة الاولى من المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود على أن « الورقة الرسمية هى التى يتلقاها الموظفون العموميون الذيــن لهم صلاحية التوثيق فى مكان تحرير العقد وذلك فى الشكل الذى يحدده القــانــــون » .

قرر القانون لكل نوع من الاوراق الرسمية أوضاعا وقواعد يلتزمها الموظف العام المختص فى كتابة الورقة الرسمية ، ولابد من مراعاة هذه الاوضاع والقواعد حتى تعتبر الورقة ورقة رسمية صحيحة .

وهكذا نجد القانون يستلزم أوضاعا يجب مراعاتها فى تحرير الاوراق الموثقة أو العقود الرسمية وهى تتلخص فى أن المحرر يجب أن يكون مكتوبا بلغة معينة وبخط واضح دون اضافة أو كشط ، وأن يذكر فى المحرر السنة والشهر واليوم والساعة التى تم فيها التوثيق بالاحرف ، واسم الموثق ولقبه ووظيفته وأسماء شهود العقد وأسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وصناعتهم ومكان ميلادهم واقامتهم ، وفى أنه يجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن على المحرر المراد توثيقه أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الاثر القانونى المترتب عليه دون أن يؤثر فى ارادتهم ويوقع هو وأصحاب الشأن المحرر والمرفقات واذا كان المحرر مكونا من عدة صفحات وجب على الموثق أن يرقم صفحاته وأن يوقعها جميعا مع أصحاب الشأن ، وتحفظ بالمكتب أصول المحررات التي توقع على حسب أرقامها فى ملفات خاصة بكل سنة وتسلم صور أولى منها لاصحاب الشأن ويؤشر الموثق بتسليم الصور على أصل المحرر ويوقع هذا التأشير .

كما يفرض القانون الاوضاع والقواعد التى يجب على العدول أن يتبعوها فى تحرير الشهادات التى يتلقونها والبيانات التى يجب أن تتضمنها هذه العقود وكيفية مخاطبة القضاة على هذه العقود والشهادات لتصبح أوراقا رسمية .

جزاء تخلف هذه الشروط او بعضها :

رأينا أن المشرع يستلزم شروطا أساسية فى الورقة لكى تكون رسمية وهى أن يقوم موظف عام بتحريرها أو شخص له صلاحية التوثيق ، على أن يتم ذلك طبقا للاوضاع القانونية التى يستلزمها القانون بالنسبة لكل ورقة ، وفى حدود سلطته واختصاصه . وعلى هذا اذا قام موظف أو شخص غير مختص بتحرير الورقة ، أو موظف مختص ولكنه لم يراع الاوضاع الجوهرية المقررة ، كانت الورقة باطلة باعتبارها ورقة رسمية .

ويلاحظ أن أى مخالفة للاوضاع التى تلزم لتحرير الورقــة لا تــؤدى حتما الى فقدانها صفتها الرسمية ، بل يجب أن يكون الاخلال بوضع جوهرى فى تحريرها كاغفال التاريخ او اسم الموثق أو أسماء أصحاب الشـــأن والشهود وكذلك حضور الشاهدين وقت توثيق الورقة وغير ذلك مـــن البيانات الجوهرية التى استلزم القانون التنصيص عليها .

ولكن ما أثر فقدان صفة الرسمية على الورقة من حيث اعتبارها دليلا كتابيا ؟ تتناول هذا الاثر المادة (423) من قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بأن : « الورقة التى لا تصلح لان تكون رسمية ، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف ، أو بسبب عيب فى الشكل ، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا اذا كان موقعا عليها من الاطراف الذين يلـــزم رضاهم لصحة الورقـــة » .

ويترتب على اعتبار الورقة التى لم تستكمل شروط الرسمية ورقـــة عرفية أن تاريخها لا يعتبر تاريخا ثابتـــا « date certaine » استنادا الى صدوره من موظف عام ، لانه ما دامت الورقة لم تكسب صفة الرسميـــة التى قصد الموظف اعطاءها اياها بسبب نقص أحد الشروط الثلاثة اللازمة لذلك ، لا يكون لما صدر من هذا الموظف قيمة غير قيمة ما يصدر من أى فـــرد عـــادى .

ويستخلص من نص المادة (423) من قانون الالتزامات والعقود أنه اذا لم تكسب المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها الا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو باختامهـــم أو ببصمات أصابعهم ، ومعنى هذا أن المحرر فى هذه الحالة يستخدم كمحرر عرفى اذا كان موقعا ، ذلك أن التوقيع هو الشرط الجوهرى فى المحـــرر العرفى . ولا يغنى عن هذا التوقيع أن يكون الموظف الذى قام بتحريـــر الورقة قد ذكر فيها عجز بعض ذوى الشأن عن التوقيع أو امتناعهم عـــن ذلك ، ولو أن ذكره فى الورقة الرسمية الصحيحة يغنى عن التوقيع .

حجيــة الورقــة الرسميــة فى الاثبــات :

تحدد هذه الحجية نصوص المادتين (419) و (420) من قانون الالتزامات والعقود . فهكذا نصت المادة (419) علــى ان : « الورقــة الرسمية حجة قاطعة ، حتى على الغير فى الوقائع والاتفاقات التى يشهد الموظف العمومى الذى حررها بحصولها فى محضره وذلك الى أن يطعن فيهــا بالــزور .

الا أنه اذا وقع الطعن فى الورقة بسبب اكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادى فانه يمكن اثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج الى القيام بدعوى الــــــزور .

ويمكن أن يقوم بالاثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذى له مصلحة مشروعة » كما نصت المادة (420) على أن : « الورقــة الرسمية حجة فى الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفى الاسباب المذكورة فيها وفى غير ذلك من الوقائع التى لها اتصال مباشر بجوهــر العقد ، وهى أيضا حجة فى الامور التى يثبت الموظف العمومى وقوعها اذا ذكر كيفية وصوله لمعرفتها ، وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر »

من كل هذا يتضح أن الورقة الرّسمية التى تستكمل شروطها القانونية تكون لها حجية قوية فى الاثبات وتوجد بالنسبة اليها قرينة الرسمية . ومقتضى هذه القرينة أن تكون الورقة الرسمية حجة بذاتها ، دون حاجة الــى الاقرار بها ، فهى بهذا تنقل عبء الاثبات . فاذا نازع الخصم فــى صحة الورقة الرسمية فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها ، وانما يقع عبء نقضها على الخصم الذى ينكرها ، ولا يتيسر له ذلك الا بطريق الادعاء بالتزوير .

والورقة الرسمية حجة كذلك بسلامتها المادية أى بعدم حصــول تغيير فى محتوياتها التى دونت فيها وقت انشائها . ولا يشترط فى ذلك الا

ان يكون مظهرها الخارجي غير باعث على الارتياب والشك فى مصدرها وفى سلامتها . فاذا وجد فى الورقة كشط أو محـــو أو تحشير أو غيـــر ذلك من العيوب المادية ، كان للمحكمة أن تقدر ما يترتـــب على ذلك مـــن اسقاط قيمة الورقة فى الاثبات أو نقصها .

وتكون للورقة الرسمية حجية فى الاثبات حتى يطعن فيها بالتزوير ، وذلك فيما دون فيها من أمور قام بها الموثق فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، فهناك اذن طائفتان من البيانات لهما هـــذه الحجية : بيانات عن الامور التى قام بها الموثق فى حدود مهمته ، وبيانات عن أمور وقعت من ذوى الشأن فى حضوره . أما الامور التى قام بها الموثق فى حدود مهمته وبينها فى الورقة الرسمية التى وثقها فكثيرة . من ذلـــك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمستند رسمى، وتثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما ، وصدور الكتابة منه ، والبيانات العامة التى اثبتها فى الورقة وهى التاريخ واسم الموثق وبيان ما اذا كان التوثيق قد تم فى المكتب او فى مكان آخر وحضور شاهدين واسم كل منهما وحضور اصحاب الشأن وأسماؤهم وحضور المترجم والمعين عند الاقتضاء وتلاوته الورقة لذوى الشأن والتوقيعات التى تحملها الورقة . أما البيانات عن الامور التى وقعت من ذوى الشأن فى حضوره فأكثرها يتعلق بموضـــوع الورقة الرسمية التى قام بتوثيقها ، اى البيانات الخاصة بهذه الورقـــة بالذات . فان كان الموضوع بيعا ، فان الموثق يثبت فى الورقة أن البائع قرر أنه يبيع والمشترى قرر أنه يشترى ، كل بالشروط التى دونت فـــى الورقة ، وقد يكون المشترى دفع الثمن الى البائع أمام الموثق فيذكر الموثق ذلك فى الورقة الرسمية . كل هذه البيانات التى وقعت من ذوى الشأن فى حضور الموثق واثبتها فى الورقة ، بعد أن ادركها بالسمع أو بالبصر تكون له حجية فى الاثبات الى أن يطعن فيها بالتزوير . وسواء كانـــت البيانات متعلقة بالامور التى قام بها الموثق أو بالامور التى وقعت مـــن ذوى الشأن فى حضوره ، فلابد حتى تثبت لها هذه الحجية أن تكون فى حدود مهمة الموثق . فاذا خرجت عن هذه الحدود ، كـــأن اثبـــت الموثـــق أن اصحاب الشان أقارب أو أن أحدهم يبلغ كذا من العمر او أنهم قرروا

امامه أنهم اجانب اقاموا مدة معينة فى البلاد ، فلا تكون لهذه البيانات حجية لانها لا تدخل فى مهمة الموثق . (1)

وقد نصت المادة (419) فى مستهلها على أن الورقة الرسمية حجة قاطعة ، حتى على الغير ، بما يرد فيها من بيانات ، ولذا لا يستطيع احد أن يكذب ما يتضمنه المحرر من بيانات رسمية أو غير رسمية ، ولو كان من غير أطرافه الا باتباع نفس الطريق التى يلتزم الاطراف اتباعها للوصول الى هذا التكذيب ، ولكن بشرط أن يكون البيان الذى يحتج به على الغير من البيانات التى أعد المحرر لاثباتها .

ويلاحظ أن الحجية التى أعطاها القانون للبيانات الصادرة من الموظف العام لا تمنع القاضى من أن يصحح فى الورقة الرسمية غلطا فى الارقام أو فى تحديد احدى الوقائع ، اذا كانت عناصر هذا التصحيح مستمدة من الورقة نفسها أو من أوراق أخرى مرتبطة بها . ولا تمنعه كذلك من أن يحدد الصفة الحقيقية لاحد المتعاقدين ، ما دام أن هذه الصفة مستمدة من الورقة ولا تتعارض مع بيانات مدونة فيها ولا تمنعه أيضا من تفسير الاتفاق لتحديد طبيعته القانونية .

صور الاوراق الرسمية وحجيتها :

تثبت حجية الورقة الرسمية لنسختها الاصلية ، وهى التى تحمل توقيعات ذوى الشأن والشهود والموظف العام أو الشخص الذى له صلاحية التوثيق . ذلك أن قواعد التوثيق تقضى بحفظ أصول المحررات الموثقة فى مكاتب التوثيق ، ويسلم الافراد صورا رسمية منها فقط ، كما أن أحكام القضاء لا تسلم أصولها بل صور منها ، وهذه الاوراق هى أكثر المحررات الرسمية استخداما فى الاثبات .

وتقضى المادة (440) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها

(1) السنهوري ـ الوسيط ـ الجزء الثاني صفحة 147 و 148

نفس قوة الاثبات التى لاصولها ، اذا شهد بمطابقتها لها الموظفـــون الرسميون المختصون بذلك فى البلاد التى اخذت فيها النسخ . ويسرى نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الاصول بالتصوير الفوتوغرافى » .

القاعدة فى حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختهـا الاصلية ، فان هذا يستتبع الا يكـون للصـور المأخـوذة مـن الاصـل حجية فى الاثبات الا بالقدر الذى تكون فيه مطابقة لهذا الاصل . ولان موظفا عاما يتحقق من مطابقة الصورة الرسمية للاصل ، فقد جعـل المشرع من هذه المطابقة قرينة ما لم ينازع أحد الطرفين فى ذلك .

وقد نصت المادة (441) من قانون الالتزامات والعقود على أن « النسخ المأخوذة ، وفقا للقواعد المعمول بها ، عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة فى خزائن المستندات (الارشيف) بواسطة أمـين هـذه الخزائن تكون لها نفس قوة الاثبات التى لاصولها . ويسرى نفس الحكم على نسخ الوثائق المضمنة فى سجلات القضاة ، اذا شهد هؤلاء القضـاة بمطابقتها لاصولهـا » .

اما ان لم يكن أصل الورقة الرسمية موجودا ، فان المادة (442) من قانون الالتزامات والعقود بعد أن نصت فى الفقرة الاولى على أنه : « لا يسوغ للخصوم ، فى الاحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين أن يطلبوا تقديم أصل الوثيقة المودع فى الارشيف الى المحكمة . ولكن لهم دائما الحق فى أن يطلبوا مقابلة النسخة بأصلها وأن لم يوجـد الاصـل فبالنسخة المودعة فى الارشيف ، ويجوز لهم ايضا ان يطلبوا على نفقتهم تصويرا فوتوغرافيا لما هو مودع فى الارشيف من أصل أو نسخة » .

جاءت الفقرة الثانية تقضى بانه : « اذا لم يوجد فى الارشيف العام لا أصل الوثيقة ولا نسخته ، فان النسخ الرسمية المأخوذة طبقا لاحكام المادتين (440) و (441) تقوم دليلا ، بشرط الا يظهر فيها شطب ولا تغيير ولا أى شىء آخر من شأنه أن يثير الريبة » .

من كل هذا يبين أن فقد الاصل لا يزيل حجية الصور الرسمية المأخوذة منه مباشرة ، بل تكون لها حجية الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك فى مطابقتها للاصل ، ويلاحظ أن اثبات فقد الاصل يكون على عاتق المتمسك بصورته الرسمية .

تحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير :

اذا استكملت الورقة الرسمية شروطها القانونية كانت لها حجية قوية فى الاثبات ، تتمثل فى افتراض صحة ما يكون فيها من بيانات ، افتراضا لا يكذب فى كثير من الاحيان الا باتباع طريق الطعن بالتزوير .

1) — واذا انكر خصم ما نسب اليه من كتابة او توقيع أو صرح بأنه لا يعترف بما ينسب الى الغير أمكن للقاضى صرف النظر عن ذلك ان رأى أنه غير ذى فائدة فى الفصل فى النزاع (المادة 89 من قانون المسطرة المدنية) .

2) — أما اذا كان الانكار أو التصريح منتجا فى النزاع ، فان القاضى يعمد الى التأشير بتوقيعه على السند ويأمر بتحقيق الخطوط سواء بالسندات أو بالشهود أو بالاستعانة بخبير ان اقتضى الامر (الفقرة الثانية من المادة 89 من قانون المسطرة المدنية) .

3) — كل ورقة تقبل لاجراء المقارنة فيما بينها وبين السند موضوع التحقيق ، يجب أن يؤشر عليها بتوقيع القاضى .

والاوراق التى يجوز قبولها للمقارنة هى بصفة خاصة ما ورد عليها النص فى المادة (90) من قانون المسطرة المدنية :

— التوقيعات على سندات رسمية .

— الكتابة أو التوقيعات التى سبق الاقرار بها .

— القسم الذى لم ينكر من المستند موضوع التحقيق .

اذا ثبت من تحقيق الخطوط أن المستند محرر أو موقع ممن أنكره أمكن الحكم عليه بغرامة مدنية من مائة الى ثلاثمائة درهم دون مساس بالتعويضات والمصاريف (المادة 91 من قانون المسطرة المدنية) .

وادعاء الزور هو مجموع الاجراءات التي يقتضى اتباعها لاثبات التزوير فى الاوراق سواء اكانت رسمية أم عادية .

وادعاء التزوير نوعان : ادعاء التزوير الجزائى ، وادعاء التزوير المدنى .

1) ـ ادعاء الزور الجزائى : ادعاء الزور الجزائى يكون بتقديم الشخص الذى ينسب اليه السند الشكوى الى النيابة العامة بالتزوير .

وتخضع هذه الدعوى للاجراءات الخاصة بالدعوى الجزائية والتى لا محل لبحثها هنا . انما الذى يهمنا هو بيان اثر تحويل الدعوى الجزائية على المحكمة المدنية ثم بيان أثر الحكم الصادر عن القضاء الجنائى على القضاء المدنى .

أ) فاذا ما لجأ المدعى الى القضاء الجزائى وحركت دعوى الحق العام بتزوير سند ، وجب على المحكمة المدنية أن ترجىء الحكم بالدعوى المتعلقة بالسند المذكور الى ما بعد فصل الدعوى الجزائية عملا بالمبدأ القائل ((**الجزائى يعقل المدنى**))

ب) واذا صدر حكم جزائى بالتزوير وقضت المحاكم الجنائية بوجود التزوير وبابطال السند المزور نتيجة لذلك ، فان هذا الحكم يقيد المحكمة المدنية التى يجب عليها استبعاد السند من الدعوى .

ج) اما اذا صدر الحكم الجزائى برد دعوى الزور فيقتضى عندئذ التفريق بين حالتين فيما يكون الحكم قضى بالبراءة نتيجة ثبوت صحة السند المدعى تزويره أم يكون قضى بالبراءة نتيجة عدم توفر عناصر

الجرم الجزائى ، وقضى بسقوط دعوى الحق العام لسبب من الاسباب الموجبة لسقوطها كالوفاة أو التقادم أو بالعفو العام .

ــ ففى الحالة الاولى التى يكون فيها الحكم بالبراءة قد صدر نتيجة ثبوت صحة السند المدعى تزويره ، يكون الحكم الصادر عن القضاء الجنائى ملزما للقضاء المدنى وللخصوم فلا يجوز انكار السند مجددا .

ــ وفى الحالة الثانية التى تكون فيها المحكمة الجزائية لم تتعرض فى حكمها لصحة السند الجزائى بل قضت بالبراءة لعدم توفر عناصر الجرم الجزائى أو قضت برد دعوى الحق العام لسقوطها لسبب من أسباب السقوط ، فالحكم الجزائى لا يقيد عندئذ المحكمة المدنية ولا الخصوم فيما يتعلق بصحة السند ، ولا يكون مانعا بالتالى من الادلاء بالسند أمام القضاء المدنى واتباع طريق ادعاء التزوير المدنى أو اللجوء الى اجراء تحقيق الخطوط .

2 ــ أدعاء الزور المدنى :

ان ادعاء الزور المدنى على نوعين : ادعاء تزوير أصلى وادعاء تزوير عارض .

أ) فادعاء التزوير الاصلى يكون عندما يخشى أحد الخصوم أن يحتج عليه بسند مزور دون أن يكون هذا السند قد استعمل بعد فى دعوى مدنية مرفوعة . فيحق للخصم أن يخاصم من بيده هذا السند لسماع الحكم بتزويره ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع حسب الشروط المعتادة وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها بالنسبة لادعاء التزوير المدنى العارض التى سنبينها ادناه .

ب) ان ادعاء التزوير العارض : هو الذى ينصب على السند المقدم كدليل للاثبات فى دعوى مدنية قائمة .

وقد أوضح المشرع الاجراءات الواجب اتباعها فى حالة الادعاء بالتزوير العارض فنص فى المادة (92) من قانون المسطرة المدنية على انه : « اذا طعن احد الاطراف اثناء سريان الدعوى فى احد المستندات المقدمة بالــزور الفرعى صرف القاضى النظر عن ذلك اذا رأى ان الفصل فى الدعوى لا يتوقف على هذا المستند .

اذا كان الامر بخلاف ذلك انذر القاضى الطرف الذى قدمها ليصرح بما اذا كان يريد استعمالها أم لا .

اذا صرح الطرف بعد انذاره أنه يتخلى عن استعمــال المستنــد المطعون فيه بالزور الفرعى أو لم يصرح بشىء بعد ثمانية أيام نحــى المستند من الدعوى » .
واذا صرح الطرف الذى وقع انذاره أنه ينوى استعمال المستنــد أوقف القاضى الفصل فى الطلب الاصلى وامر بايداع أصل المستند داخــل ثمانية أيام بكتابة الضبط ، والا اعتبر الطرف الذى أثار زورية المستند قد تخلى عن استعماله (المادة 93 من قانون المسطرة المدنية) .

واذا وضع المستند اجرى القاضى التحقيق فى الطلب العارض المتعلق بالزور الفرعى (المادة 94 من قانون المسطرة المدنية) .

واذا لم يضع الطرف أصل المستند المدعى فيه الزور استدعاه القاضى لوضعه بكتابة الضبط داخل ثمانية أيام اذا كان ينوى استعماله . واذا لم يقم بذلك فى الاجل المحدد أجريت المسطرة كما لو أن الخصم صرح بأنه لا ينوى استعماله . (المادة 95 من قانون المسطرة المدنية) .

واذا كان أصل المستند المطعون فيه بالزور محفوظا فى مستــودع عمومى أصدر القاضى أمرا لامين المستودع بتسليم هذا الاصل الى كتابة ضبط المحكمة (المادة 96 من قانون السطرة المدنية) .

وتقضى المادة (97) من قانون المسطرة المدنية على ان القاضــى يقوم خلال ثمانية أيام من وضع المستند المطعون فيه بالزور أو أصله عند

الاقتضاء بكتابة الضبط بالتاشير على المستند أو الاصل وتحرير محضر يبين فيه حالة المستند أو الاصل بحضور الاطراف أو بعد استدعائهم بصفة قانونية لذلك . ويمكن للقاضي حسب الحالات أن يأمر أولا بتحرير محضر بحالة نسخة المستند دون انتظار وضع الاصل الذى يحرر بحالته محضر مستقل يتضمن المحضر بيان ووصف الشطب أو الاقحام أو الكتابة بين السطور وما شابه ذلك ويحرر المحضر بمحضر النيابة العامة ويؤشر عليه القاضي وممثل النيابة العامة والاطراف الحاضرون أو وكلاؤهم ويشار فى المحضر الى امتناع الاطراف أو احدهم من التوقيع او الى انهم يجهلونه .

ويقع الشروع فور تحرير المحضر فى اثبات الزور بنفس الطريقة المشار اليها فى المادتين 89 و 90 ، ويبت القاضي بعد ذلك فى وجود الزور. ويحكم على مدعى الزور المرفوض طلبه بغرامة تتراوح بين خمسمائة والف وخمسمائة درهم دون مساس بالتعويضات والمتابعات الجنائية . واذا ثبت وجود الزور وظهرت عناصر تسمح بمعرفة مرتكبه أحيلت المستندات على النيابة العامة طبقا لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية (المادة 98 من قانون المسطرة المدنية) .

يوقف تنفيذ الحكم الفاصل فى الزور الفرعى بحذف أو تمزيق المستند كلا أو بعضا أو تصحيحه أو اعادته الى أصله داخل اجل الاستيناف أو اعادة النظر أو النقض وكذا أثناء سريان هذه المساطر عدا اذا وقع التصريح بقبول الحكم أو بالتنازل عن استعمال طرق الطعن (المادة 99 من قانون المسطرة المدنية) .

يوقف أيضا تنفيذ الحكم القاضي بارجاع المستندات المقدمة الى أصحابها كما هو الشأن فى الحالة المعينة فى المادة السابقة ما لم يؤمر بغير ذلك بناء على طلب الخواص أو الامناء العموميون الذين يعنيهم الامر (المادة 100 من قانون المسطرة المدنية) .

ولا يجوز تسليم نسخ من المستند المطعون فيه بالزور ما دامت موضوعة بكتابة الضبط الا بناء على حكم (المادة 101 من قانون المسطرة المدنية) .

واذا رفعت الى المحكمة الزجرية دعوى أصلية بالزور مستقلة عن دعوى الزور الفرعى فان المحكمة توقف البت فى المدنى الى أن يصدر حكم القاضى الجنائى (المادة 102 من قانون المسطرة المدنية)

وتجدر الاشارة فى النهاية الى انه فى حالة تقديم دعوى الزور الاصلية، يوقف تنفيذ الورقة المطعون فيها بالزور بصدور قرار الاتهام ، أما اذا كان قرار الاتهام لم يصدر ، أو وقع الطعن بالزور بدعوى فرعية فللمحكمة وفقا لظروف الحال أن توقف مؤقتا تنفيذ الورقة (المادة 421 من قانون الالتزامات والعقود) .

وقبل أن ننتهى من الكلام فى حجية الاوراق الرسمية فى الاثبات لننتقل الى الكلام عن الاوراق العرفية نلاحظ أن تاريخ الورقة الرسمية يلحق بـــه وصف الرسمية ، لانه صادر من الموظف العام يثبته على مسؤوليته ، وننبه هنا الى أن هذا التاريخ يعتبر ثابتا من يوم تلقى الورقة ، وقبل قيدهـــا فى الدفاتـــر المعدة لذلك .

الفـــرع الثـــانـــى

الاوراق العــرفيـــة

الاوراق العرفية المعدة للاثبات والاوراق العرفية غير المعدة للاثبات:

الاوراق العرفية نوعان : أوراق عرفية معدة للاثبات واوراق عرفية غير معدة للاثبات .

فالاوراق العرفية المعدة للاثبات هى الاوراق التى يكتبها الافراد وتوقع ممن هى حجة عليه ويكون المقصود بها ان تكون أداة اثبات فيما قد يثور من منازعات حول مضمونها وعندئذ تكون وسيلة اثبات معدة سلفا .

أما الاوراق العرفية غير المعدة للاثبات فهى الاوراق التى يغلب فيها الا تكون موقعة بحيث انه لم ينظر عند كتابتها الى استخدامها فى الاثبات ، وهى تكون تارة أدلة كاملة وأخرى تكون أدنى من ذلك بحسب ما يتوافر لها من عناصر الاثبات وسنعالج منها الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والاوراق المنزلية والتأشير على سند الدين .

ونبدأ كلامنا عن الاوراق العرفية المعدة للاثبات وهى الاوراق التى تقوم المقابلة بينها وبين الاوراق الرسمية من حيث الشروط التى يجب أن تتوفر لصحة الورقة ، وحجية الورقة فى الاثبات وقوتها فى التنفيذ ، ثم نشير بعد ذلك الى الاوراق العرفية غير المعدة للاثبات .

المطلب الاول

المحررات العرفية المعدة للاثبات

تعريف الورقة العرفية وشروطها :

الورقة العرفية هى التى تصدر من ذوى الشأن بوصفهم اشخاصا عاديين ويوقع عليها أحدهم لان تكون دليلا كتابيا .

ويتضح من هذا التعريف ان ما يشترط فى الورقة العرفية المعدة للاثبات هو الكتابة والتوقيع .

الشرط الاول : الكتابة

يشترط فى الورقة العرفية المعدة للاثبات توقيع من هى حجة عليه . فاذا كان العقد ملزما للجانبين كالبيع ، واثبت فى ورقة عرفية ، وجب توقيع كل من البائع والمشترى ، واذا كان ملزما لجانب واحد كالوديعة ، وجب توقيع المودع عنده . واذا كان مخالصة بالدين وجب توقيع الدائن .

ولا يشترط فى الكتابة اى شرط خاص لا من حيث صيغتها ولا من حيث طريقة تدوينها . فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلا على موقعها .

وهى تصلح لذلك أيا كانت لغة التعبير أو طريقة التدوين ويجوز أن تكون الكتابة خطية سواء أكانت بخط موقعها أو بخط غيره وسواء أكان الخط بالمداد أو بالرصاص أو بغيرهما ، كما يجوز أن تكون مطبوعة بأية وسيلة من وسائل الطباعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة . فالمقصود هو أن توجد كتابة ينصب مضمونها على الواقعة المراد اثباتها بالورقة ، فاذا كانت هذه الواقعة عقد بيع ، تكون الكتابة متضمنة لذكر اتفاق طرفيه على المبيع والثمن

وسائر شروط البيع ، وان كانت مخالصة من دين وجب أن تحتوى على بيان مقدار الدين واقرار الدائن باستلامه أو ابراء المدين منه .

وليس هناك تحديد لما يجب أن يرد فى الورقة العرفية من بيانات ، فلا ضرورة لذكر مكان تحرير الورقة ، ولا ذكر تاريخها والخلاصة ان القاعدة هى أن لاصحاب الشأن كل الحرية فى كيفية كتابة الورقة العرفية . وأن وضعا مما يتطلبه القانون فى تحرير الورقة الرسمية لم يشترط فى هذا الخصوص وان كان الاولى ان يتخذ الافراد الاحتياطات اللازمة وذلك بالحرص على استكمال كل البيانات النافعة ، ومراعاة ما يمكنهم من دقة فى تحريرها .

الشرط الثانى : التوقيع :

التوقيع هو الشرط الجوهرى فى الورقة العرفية المعدة للاثبات لانه هو اساس نسبة الكتابة الى موقعها ولو لم تكن مكتوبة بخطه . كما انه هو الذى يدل على اعتماده اياها وارادته الالتزام بمضمونها . ولهذا فان خلو الورقة من توقيع من تنسب اليه لا يجعلها دليلا كتابيا كاملا ولو كانت مكتوبة بخطه فهى لا تعدو أن تكون مشروعا يحتمل الاعتماد أو عدمه ولان الكتابة بذاتها لا تفيد قبول الالتزام بالمكتوب .

ولما كانت دلالة التوقيع على الموافقة على ما هو ثابت بالورقة تقتضى أن يكون مكانه أسفل الكتابة فقد استلزمت المادة (426) من قانون الالتزامات والعقود فى فقرتها الثانية أن يرد التوقيع فى أسفل الورقة . ويشترط فى التوقيع أن يكون بخط الموقع وأن يشتمل على أسمه ولقبه كاملين ولا يقوم الطابع او الختم مقام التوقيع . وهكذا جاءت المادة (426) من قانون الالتزامات والعقود تقضى بانه :

« يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها بشرط أن تكون موقعة منه .

ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد فى أسفل الورقة ، ولا يقوم الطابع ، أو الختم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه » .

كما نصت المادة (427) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة الا اذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك » .

حجية الورقة العرفية فى الاثبات :

الورقة العرفية على خلاف الورقة الرسمية ، لا تكون حجة بما فيها قبل الاقرار بها ، وبهذا فالورقة العرفية تكون حجة ما لم ينكرها الشخص المنسوبة اليه . ويرجع ذلك الى عدم تدخل شخص ذى صفة رسمية فى تحريرها . وقد جاءت المادة (424) من قانون الالتزامات والعقود تقضى بأنه : « الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا فى حكم المعترف بها منه ، يكون لها نفس قوة الدليل التى للورقة الرسمية فى مواجهة كافة الاشخاص على التعهدات والبيانات التى تتضمنها وذلك فى الحدود المقررة فى المادتين (419) و (420) عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد » .

ومن هذا النص يتضح أن اعتراف المتمسك ضده بالورقة العرفية تصبح معه لهذه الاخيرة حجية الورقة الرسمية من حيث الاثبات ولا يجوز للغير نفى صدور هذه الورقة من المقر بها الا عن طريق الطعن بالتزوير ، وكذلك لا يجوز لمن اعترف بصدور الورقة منه أن يطعن فى سلامتها المادية اى أن يدعى حصول تغيير فى الكتابة المدونة فوق توقيعه كشطب أو اضافة أو محو أو اقحام لم يكن موجودا عند التوقيع الا عن طريق الطعن بالتزوير .

ومجرد انكار الخصم صراحة توقيع الورقة المنسوبة اليه يجعلها غير صالحة للاحتجاج بها عليه وللحكم بموجبها ، ويلقى على عاتق من يتمسك بها أن يقيم هو الدليل على صحة صدورها من خصمه باتباع الاجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط ، ما لم يكن فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يغنى المحكمة من مطالبته بهذا الدليل .

واذا ثبتت صحة التوقيع سواء باقرار الخصم ، أو باثبات هذه الصحة من جانب المتمسك بالورقة بعد الانكار ، كانت الورقة حجة بسلامتها المادية.

وكان للمتمسك ضده بالورقة أن يطعن فى سلامتها المادية بالتزوير ، ولم يجز للغير أن يطعنوا فى صدورها منه الا عن طريق الطعن بالتزوير .

وثبوت صحة التوقيع لا يعنى اكثر من نسبة التوقيع الى الموقع ، ولذا فليس هناك ما يمنع من يتمسك عليه بورقة عرفية من أن يكذب مضمونها ، ولا يلزم فى هذه الحال أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير ، بل يجوز له أن يثبت خلاف ما هو مكتوب بها ، بالكتابة أو بغيرها .

حجيـــة تاريـــخ الورقـــة العرفيـــة :

نصت المادة (425) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الاوراق العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه .

ولا تكون دليلا على تاريخها فى مواجهة الغير الا :

1) من يوم تسجيلها سواء كان ذلك فى المغرب أم فى الخارج .

2) من يوم ايداع الورقة بين يدى موظف عمومى .

3) من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت اذا كان الذى وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفى أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيـــــا .

4) من يوم التاشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون لـــه بذلك أو من طرف قاض ، سواء فى المغرب أو فى الخارج .

5) اذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة ويعتبر الخلف الخاص من الغير ، فى حكم هذا الفصل ، اذا كان لا يعمل باسم مدينـــه » .

ويتضح من هذا النص أن الورقة العرفية اذا ما تم الاعتراف بهـــا ، أو ثبتت صحتها بعد انكارها ، يكون التاريخ الذى تحمله حجة بين الطرفين فهو فى هذا يتعادل فى قوته مع البيانات الاخرى الموجودة فى الورقة ، كما يكون هذا التاريخ حجة بين ورثة المتعاقدين وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه . فالاصل فى الاعمال القانونية أنها متى توافرت فيهـــا شـــــروط صحتها ، تنتج اثرها بقطع النظر عن تاريخ حصولها ، فيتقيد بها المتعاقدان ولو لم يكن لها تاريخ ، وكذلك ينصرف اثرها — مهما كان تاريخها — الـــى الخلف العام ، ويتعدى الى الدائنين الذين ليس لهم الا حق الضمان العام .

وقد يكون تقديم تاريخ ورقة عرفية وسيلة الى غش الغير ، اذا كان سبق تاريخ السبب المنشىء للحق أو سنده ، هو أساس التفضيـــل بـــين الحقوق المتعارضة . فتقديم تاريخ بيع منقول معين بذاته ، سبق بيعه قبل ذلك ولم يتم تسليمه الى المشترى الاول ، يجعل المشترى الثانى ، لو جعلنا تاريخ الورقة المثبتة لتصرفه ساريا على المشترى الاول ، أحق بالمبيع من هذا الاخير ، مع ان الواقع ان التصرف الى المشترى الاول أسبق ، وحقه ، لذلك كان يجب أن يفضل .

وقد يكون تأخير تاريخ ورقة عرفية ايضا وسيلة الى الغش مثل ذلك ان يتعامل شخص مع قاصر ، فيعمدا الى تأخير تاريخ الورقة الى ما بعد سن الرشد غشا واحتيالا على القانون ، كى يظهر أن التصرف لم يبرم الا بعـــد بلوغ الرشد ، وذلك للحيلولة دون أن يستعمل القاصر حقه فى طلب الأبطال.

ويحدد صريح نص الفقرة الثانية من المادة (425)من قانون الالتزامات والعقود حجية تاريخ الورقة العرفية بالنسبة الى الغير فتقضى بأن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير فى تاريخها الا :

1) من يوم تسجيلها ، سواء كان ذلك فى المغرب أم فى الخارج .

2) من يوم ايداع الورقة بين يدى موظف عمومى .

3) من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت اذا كان الذى وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفى أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيـــا .

4) من يوم التأشير او المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض ، سواء فى المغرب أو فى الخارج .

5) اذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة .

وقد نصت الفقرة الاخيرة من المادة (425) من قانون الالتزامـــات والعقود على ان الخلف الخاص يعتبر من الغير ، فى حكم هذه المادة وذلك اذا كان لا يعمل باسم مدينه .

ومتى توافر ثبوت التاريخ من طريق احدى الوقائع المتقدمة أصبح من المؤكد وجود الورقة العرفية فى تاريخ حدوث هذه الواقعة ، وصار هــذا التاريخ هو المعول عليه بالنسبة الى الاحتجاج بالورقة العرفية على الغير . وقد يتبادر الى الذهن ان حجية التاريخ الثابت بالنسبة الى الغير تعــادل حجية التاريخ غير الثابت فيما بين المتعاقدين ومن يمثلانهم ، ولكن الواقع أن الاولى أقوى من الثانية ، لان هذه يمكن نقضها بالطرق العادية فيجوز للمتعاقد اقامة الدليل على عدم صحة التاريخ المدون بالورقة واثبات التاريخ الحقيقى طبقا لقواعد الاثبات العامة . اما الاولى فلا يجوز نقضها الا عن طريـــق الطعـــن بالتزوير .

ونشير فى النهاية الى أن النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق العرفية لها نفس قوة الاثبات التى لاصولها ، اذا شهد بمطابقتها لها الموظفـــون الرسميون المختصون بذلك فى البلاد التى أخذت فيها النسخ . ويسرى نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الاصول بالتصوير الفوتوغرافى . (المادة 440 من قانون الالتزامات والعقود) .

المطلـــب الثــــانـــى

المحررات العرفيـــة غيـــر المعـــدة للاثبـــات

نصت المواد من (433) الى (439) والمواد من (429) الى (430) من قانون الالتزامات والعقود على بعض أنواع من الكتابة غير الموقعة أو غير المعدة للاثبات وجعلت لكل منها حجية معينة وفقا لشروط خاصة . وهذه الانواع من الكتابة هى الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والاوراق المنزلية والتأشير على سند الدين . وقد نصت المادة (417) من قانـــون الالتزامات والعقود على ان : « الدليل الكتابى ينتج من ورقة رسميـــــة أو عرفية ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذاكرات والوثائق الخاصة ومن كل كتابة أخرى ، مع بقاء الحق للمحكمة فى تقدير ما تستحقه هذه الوسائل من قيمة حسب الاحوال وذلك ما لم يشترط القانون أو المتعاقدان صراحة شكلا خاصا » .

حجيـــة الرسائـــل فى الاثبـــات :

تنظم حجية الرسائل فى الاثبات الفقرة الاولى ن المادة (417) مـــن قانون الالتزامات والعقود التى تقضى بأن تكون الرسائل الموقع عليها قيمـــة الورقة العرفية من حيث الاثبات .

المراسلة هي الكتابة المتضمنة قضايا خاصة يتبادلها أشخاص معينون وتودع الى شخص أو الى ادارة البريد لايصالها الى شخص معين . وهى تشمل الكتب العادية والمضمونة وبطاقات البريد والبرقيات .

وتخضع الرسالة لحق الملكية ، شأن سائر المنقولات ، غير أن هذا الحق ليس مطلقا لان الاجتهاد قد قيده بقيد أدبى يقوم على مبدأ سرالمراسلات الذى يخضع له المرسل والمرسل اليه وادارة البريد على السواء . ومـــن

المسلم به ان الرسالة اذا لم تصل الى المرسل اليه فهى ملك مرسلهـــا يستردها متى شاء ممن كانت فى يده . أما اذا تسلم المرسل اليــه الرسالـــة فتصبح فى ملكه يتصرف بها كيف شاء .

ولم يضع المشرع شكلا خاصا لكتابة الرسائل ومن المستحب افساح السهولة لها فهى تكتب بلغة البلاد أو بلغة اجنبية أو بلهجة محلية أو بلغـــة متعارف عليها أو باشارات الاختزال ، وليس من الضرورى ان تكون الرسائل مؤرخة أو مكتوبة بخط صاحبها بل العبرة فيها لتوقيع صاحبها عليهـــا . فالتوقيع اذن هو الشرط الشكلى الوحيد اللازم لاتخاذ الرسالة دليلا كاملا يحتج بـــه ضد المرســـل .

والتسوية بين الرسائل والاوراق العرفية المعدة للاثبات لا يتضمن أية مخاطر ما دامت هذه التسوية مشروطة بتوافر شروط الورقة العرفيـــة فى الرسالة ، ثم انه يحقق مصالح عديدة نظرا لان كثيرا من المعاملات تتـــم فى الوقت الحالى بطريق المراسلات .

حجيـــة البرقيـــات فى الاثبـــات :

نصت المادة (428) من قانون الالتزامات والعقود على أنه : « تكون البرقية دليلا كالورقة العرفية ، اذا كان أصلها يحمل توقيع مرسلها أو اذا ثبت أن هذا الاصل قد سلم منه الى مكتب البرقيات ولو لم يكن توقيعـــه عليـــه .

وتاريخ البرقيات دليل بالنسبة الى يوم وساعة تسليمها أو ارسالها الى مكتب البرقيات ما لم يثبت العكس » .

ومن هذا النص يتضح أن البرقيات تكون لها حجية الاوراق العرفية اذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لاصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

ويعتبر تاريخ البرقية ثابتا لان أصلها يختم بالختم ذى التاريخ لمكتب الارسال ، كما تختم صورتها بختم مكتب الوصول ويمكن التحقق من صحة تاريخها بالرجوع الى الدفتر الذى تقيد فيه البرقيات .

وللبرقية تاريخ ثابت ، اذا سلم مكتب التلغراف الصادرة عنه للمرسل نسخة منها مؤشرا بما يفيد مطابقتها للاصل ، وموضحا فيها يوم وساعة ايداعها . (المادة 429 من قانون الالتزامات والعقود) .

واذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير فى نسخ البرقية طبقت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ . ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البرقية ، اذا كان قد طلب مقابلتها مع الاصل ، أو أرسلها مضمونة ، وفقا للضوابط التلغرافية (المادة 430 من قانون الالتزامات والعقود) .

حجية دفاتر التجار فى الاثبات :

أوجب القانون على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التى تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالى بالدقة وبيان ما له وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته .

وقد تناولت حجية دفاتر التجار فى الاثبات ، فى المسائل المدنية ، المواد من (433) الى (436) من قانون الالتزامات والعقود . وهكذا فقد جاءت المادة (433) من قانون الالتزامات والعقود تقضى بأنه : « اذا تضمنت دفاتر التاجر تقييدا صادرا من الخصم الآخر أو اعترافا مكتوبا منه أو اذا طابقت نظيرا موجودا فى يد هذا الخصم ، فانها تكون دليلا تاما لصاحبها وعليه » .

وما يقيده فى الدفاتر التجارية الكاتب المكلف بها أو المكلف بالحسابات يكون له نفس قوة الاثبات كما لو قيده نفس التاجر الذى كلفه (المادة 434 من قانون الالتزامات والعقود) .

ومن هذا يتضح أن دفاتر التاجر حجة عليه ، سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة ، لان ما دون فيها يعتبر اقرارا صادرا منه .

ولهذا طبق المشرع فى هذا الخصوص حكم الاقرار من حيث عدم جواز تجزئته ، فحرم على من يريد أن يستخلص دليلا من دفاتر التاجر أن يجزىء ما دون فيها فيأخذ ما ينفعه ويترك ما يضره ، ولكنه قصر هذا الحكم على الدفاتر المنتظمة . فاذا كانت الدفاتر غير منتظمة فللقاضى أن يقدر ما ورد فيها دون أن يتقيد فى ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الاقرار .

ولا يسوغ للقاضى أن يأمر باطلاع الخصم على دفاتر التجار واحصاءاتهم ولا على الدفاتر المتعلقة بالشؤون الخاصة الا فى المسائل الناتجة عن تركة او شياع أو الشركة وفى غير ذلك من الحالات التى تكون فيها الدفاتر مشتركة بين الخصمين وكذلك فى حالة الافلاس وهذا الاطلاع يجوز للقاضى ان يأمر به اما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصمين ، اثناء النزاع وحتى قبل وقوع اى نزاع ، بشرط أن تكون هناك ضرورة تقتضى هذا الاطلاع ، وفى الحدود التى تقتضيه فيها (المادة 435 من قانون الالتزامات والعقود) .

وتشير المادة (436) على ان الاطلاع يكون بالكيفية التى يتفق عليها الطرفان ، فان لم يتفقا ، حصل عن طريق الايداع فى كتابة ضبط المحكمة التى تنظر فى النزاع .

كما تجدر الاشارة فى النهاية الى أن دفاتر الوسطاء المتعلقة بالصفقات التى تمت على أيديهم ، ودفاتر الغير ممن ليست لهم مصلحة فى النزاع ، يكون لها قيمة الشهادة غير المشكوك فيها اذا كان مسكها على وجه منظم (المادة 437 من قانون الالتزامات والعقود) .

حجيــة الدفاتــر والاوراق المنزلية فى الاثبات :

قد لا يخلو شخص ـ تاجرا كان أم غير تاجر ـ من تدوين أعمالــه البيتية ومعاملاته مع الغير من بيع وشراء وقرض وغيرها من الامــور الطارئة فى كل يوم . وقد تدون هذه الاعمال على أوراق مضمومة الى بعضها فى شكل دفاتر كما أنها تدون على قطع من الاوراق منفصلة عن بعضها . وقد يكون هذا التدبير خاضعا لنظام وترتيب كما يكون على الفوضى تبعا لرغبات الكاتب وميوله ، فما هو حكم هذه الاوراق ؟

من الامور المسلم بها انه لا يجوز لاحد أن يحدث لنفسه دليلا لمصلحته. لذلك لا تكون الاوراق المنزلية حجة لمن صدرت عنه فلا يستطيع كاتــب الورقة أن يتذرع بما دون فيها لاثبات دين له على غيره أو لاثبات براءة ذمته من ديــن عليه وقد نصت المــادة (438) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الدفاتر والاوراق المتعلقة بالشؤون الخاصة ، كالرسائــل والمذكرات والاوراق المتفرقة ، المكتوبة بخط من يتمسك بها أو الموقــع عليها منه ، لا تقوم دليلا لصالحه ، وتقوم دليلا عليه :

1) فى جميع الحالات التى يذكر فيها صراحة استيفاء الدائن لدينــه أو تحلل المدين منه بأى وجه كان .
2) اذا نصت صراحة على أن القصد من التقييد فيها هو اقامة حجة لفائدة من ذكر بها عوضا عن الحجة التى تنقصه » .

ويتضح من هذا النص أن المشرع قصد أن لا تكون الدفاتر والاوراق المنزلية حجة لمن صدرت منه بأى حال من الاحوال ، وثانيا أنه جعل لهــا حجية فى حالتين اثنتين ذكرهما على سبيل الحصر . الاولى حالة ما اذا ذكر الشخص صراحة فى أوراقه انه استوفى دينا ايا كان محل الدين ، مبلغا من النقود أو شيئا مثليا أو قيميا أو خدمة من أى نوع . والثانية حالة ما اذا ذكر الشخص صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الاوراق أن تقوم مقام السند لمن اثبتت حقا لمصلحته ، وهذه الحالة اقل وقوعا فى العمل من الاولــى لان الشخص اذا قصد أن تقوم كتابته مقام السند لصاحب الحق المقر به فانه غالبا ما يوقع هذه الكتابة دلالة على هذا القصد ، وتعتبر الكتابة الموقعــة حينئذ دليلا كتابيا وفقا للقواعد العامة لا استنادا الى هذا النص الاستثنائى .

ويلاحظ أن دلالة الدفاتر والاوراق المنزلية فى الحالتين السابقتين ليست كدلالة الكتابة الكاملة ، من حيث عدم جواز اثبات عكسها الا بالوسائل التى يجوز بها اثبات ما يخالف الكتابة ، وانما يجوز اثبات ما يخالف دلالة هذه الاوراق بكل وسائل الاثبات بما فيها الشهادة والقرائن . كما يلاحظ أن قصر حجية الدفاتر والاوراق المنزلية على الحالتين المذكورتين لا يحـول دون اعتداد القاضى فى غيرهما بهذه الدفاتر والاوراق باعتبارها قرائن تضاف الى وثائق أخرى أو الى عناصر أدلة سبق تقديمها وفقا للقواعد العامة بشـأن الاثبات بالقرائن .

حجيـة الكتابـة التى تاخذ صورة التاشير على سند الدين :

نصت المادة (439) من قانون الالتزامات والعقود على حجية الكتابة التى تأخذ صورة التأشير على سند الدين فقالت : « التأشير من الدائن على سند الدين بما يفيد براءة الذمة ولو لم يكن موقعا منه أو لم يكن مؤرخا ، دليل عليه ، ما لم يثبت العكس » .

قد يكتب الدائن على هامش سند الدين او فى ذيله أو على ظهره عبارة تفيد براءة ذمة المدين من الدين المدون فيه كلا او بعضا ، فما هو حكم هذا التأشيـر ؟

من البديهى أن هذا التأشير هو مجرد قرينة قابلة لاثبات العكـس ، فللدائن مثلا أن يقيم الدليل على ان ما كتبه لم يخرج عن حيز المشروع الذى لم ينفذ ، وبالتالى ان ذمة مدينه لم تزل مشغولة بالدين .

وقد استقر الاجتهاد الفرنسى على أن تأشير أحد الشركاء على سند الدين العائد للشركة بما ينتقص من حقوق جميع الشركاء لا يسرى مفعوله على صاحبه فقط ، كما استقر الاجتهاد أيضا على عدم اعتبار التأشير اذا كان مشطوبا . الا أن للمدين فى هذه الحالة أن يثبت أن الشطب كان نتيجة غش من الدائن أو ورثته . أما اذا كان التأشير على سند ايصال هو فـى يد المدين فيعتبر آنئذ كالاوراق المنزلية ولا يشكل غير قرينة يمكن دحضها بالشهـادة وبالقرائـن .

الفصل الثاني

شهادة الشهود

تعريف الشهادة :

الشهادة هى تقرير حقيقة أمر توصل الشاهد الى معرفته بعينه أو بأذنه ، أو هى كما يعرفها بعض الفقهاء (1) اخبار الانسان فى مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره ، ويجب أن يكون الشاهد قد أدرك شخصيا بحواسه الواقعة التى يشهد بها ، بحيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه (2) .

ويطلق فى بعض التشريعات كما اسلفنا على الشهادة لفظ البينة . ومن ذلك أصبح للفظ البينة معنيان : أولهما يفيد الدليل بوجه عام ، كما فى القول بأن البينة على من ادعى . والثانى هو الذى يدل على الشهادة كوسيلة من وسائل الاثبات . فالشهادة اذن ، تقرير للواقع ودحض للافتراء ، وانارة لسبيل العدالة . فهى بذلك ذات أثر بالغ فى تحسين الحياة ، وتقرير الصلات القويمة بين الافراد .

وقد جاء فى القرآن الكريم : « لا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » ، « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط » ، « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » وقال الله تعالى أيضا فى كتابه العزيز :

« واشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى » .

---

1) عبد المنعم فرج الصدة ـ الاثبات فى المواد المدنية ـ صفحة 299 ـ فقرة 184

2) فان كان اخبار الانسان بحق على نفسه لغيره كان اقرارا . وان كان الاخبار بحق على غيره لنفسه كان دعوى (أحمد ابراهيم ـ طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية نبذة 208) .

والبينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره فهى أعم من البينة فى اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين او الشاهد واليمـــين .

قال الله تعالى : « لقد ارسلنا رسلنا بالبينات » « وما أرسلنـــا من قبلك الا رجالا نوحى اليهم فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون بالبينات والزبـــر » ، « وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعدما جاءتهم البينة » « قل انى على بينة من ربى » ، « أفمن كان على بينة من ربه » .

والشهادة لغةهى البيان ، أو هى الاخبار القاطع وهى القول الصادر عن علم حصل بالمشاهدة . ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التى بمعنى المعاينـــة . وقيل هى مشتقة من معنى الحضور ، يقول الرجل شهدت مجلس فلان أى حضرت . قال الله تعالى : « وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهـــود » ولانه يحضر مجلس القضاء للاداء يسمى شاهدا ويسمى اداؤه شهـــــادة .

وجاء فى الحديث الشريف « اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والافدع » .

غير أن هذا القول ، على ما فيه من التنبيه الى خطورة الشهادة والترغيب فى أدائها صحيحة ، والترهيب من طرحها باطلة ، لم يزجر الناس كافة عن الباطل ، ولم يمنعهم عن الفساد وسوء الخلق كما سوف نرى ذلك بتفصيـــــــل .

خصـــائص الشهـــادة :

اعتبر المشرع المغربى كغيره من التشريعات الشهادة كوسيلة من وسائل الاثبات وجعل لها الخصائص التالية :

1) الشهادة حجة مقنعة اى غير ملزمة . وتختلف الشهادة فى ذلـــك اختلافا جوهريا عن الكتابة . فبينما يعتبر الدليل الكتابى ، بسبب اعداده

سلفا حجة بذاته فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير او ينقض باثبات العكس ، تترك الشهادة على نقيض ذلك لتقدير القاضى ، ويكون له كامل السلطة فى تقدير قيمتها ، أيا كان عدد الشهود وأيا كانت صفاتهـــم .

2) وهى حجـــة غير قاطعة . وذلك بعكس الاقرار واليمـــين . اى مـــا ما يثبت بها يقبل النفى بشهادة اخرى او بأى طريق آخر من طرق الاثبات ، فيعتبر ما ثبت بالشهادة صحيحا الى أن يثبت عكسه قبل الحكم به .

3) وهى حجة متعدية . اى أن ما يثبت بها يعتبر ثاتبا بالنسبة الى الكافة لانها صادرة من شخص عدل خالى المصلحة فى النزاع لا يهمه أن يحابى أحدا مـــن الخصوم ، ولان للقاضى سلطة مطلقة فى تقديرها وتكوين قناعتـــه منهـــا .

وقـــد نصت المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود على القاعـــدة الاساسية فى مجال الاثبات بالكتابة حيث جاءت تقضى بأن : « الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية التى يكون من شأنها أن تنشىء أو تنقل أو تعدل أو تنهى الالتزامات أو الحقوق ، والتى تتجاوز قيمتها 25.000 فرنك ، لا يجوز اثباتها بشهادة الشهـــود .

ويلـــزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية » .

ومن استعراض هذه المادة يتضح لنا أن القاعدة هى أن الكتابـــة تجب فى اثبات التصرف القانونى اذا زادت قيمته على 250 درهم . والطريقة التى سلكها المشرع فى التعبير عن هذه القاعدة بقوله « لا يجوز اثباتهـــا بشهادة الشهود » قصد بها اظهار ما للاثبات بالشهادة من طابع الاستثناء ، لان الاصل فى اثبات التصرفات القانونية أن يكون بالكتابة .

وقد جاء المشرع المغربى بعد أن أورد لنا القاعدة الاساسية فى اثبات التصرفات القانونية بالنص فى المادة (448) على الاستثنائين اللذيـــن يردان على القاعدة المذكورة حيث جاءت هذه المادة تقضى بأنـــه :

« استثناء من الاحكام السابقة يقبل الاثبات بشهادة الشهود :

1) — فى كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذى يتضمن الدليل الكتابى لالتزام له أو للتحلل من التزام عليه ، نتيجة حادث فجائى أو قوة قاهرة او سرقة . وتخضع الاوراق النقدية والسندات لحاملها لاحكام خاصة .

2) وهي حجة غير قاطعة . وذلك بعكس الاقرار واليمين . اى ما كالحالة التى تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة التى يراد فيها اثبات وقوع غلط مادى فى كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للاكراه او الصورية أو الاحتيال أو التدليس التى تعيب الفعل القانونى وكذلك الامر بين التجار فيما يخص الصفقات التى لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابى لاثباتها .

تقدير الحالات التى يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابى موكول لحكمة القاضى » .

ومن استعراض هذه النصوص يتبين لنا ان جواز الاثبات بالشهادة قد يكون بحسب الاصل ، اى طبقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود بشأن ما تجب فيه الكتابة للاثبات . وقد تجوز الشهادة فى الاثبات استثناء اى فى حالات كانت تجب فيها الكتابة للاثبات طبقا للقواعد العامة ، ولكن أجيز الاثبات فيها بالشهادة من قبيل الاستثناء .

فأمامنا اذا نوعان من الحالات التى تجوز فيهما الشهادة للاثبات :

1) — الحالات التى تجوز فيها الشهادة للاثبات بحسب الاصل .

2) — الحالات التى تجوز فيها الشهادة للاثبات استثناء .

ومن هذا يتضح لنا منهاج بحثنا للقواعد الموضوعية للبينة بالشهادة :
فنعالج فى المبحث الاول الحالات التى تجوز فيها البينة بالشهادة بحسب الاصل .

ونخصص المبحث الثانى لدراسة الحالات التى نجوز فيها البينة بالشهادة استثناء .

المبحث الأول

الحالات التي تجور فيها البينة بالشهادة بحسب الاصل

نصت المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود على أن :

« الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية التى يكون من شأنها أن تنشىء أو تنقل او تعدل او تنهى الالتزامات او الحقوق ، والتى تتجاوز قيمتها 25.000 فرنك لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود . ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين او حجة عرفية » .

ومن استعراض هذه المادة التى تنص على القاعدة الاساسية فى مجال اثبات التصرفات القانونية ، وتطبيقا للقواعد العامة للاثبات بشهادة الشهود يخلص لنا أن الشهادة تجوز فى اثبات الوقائع المادية ، وكذلك فى الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية التى لا تتجاوز قيمتها 250 درهم .

اولا : الوقائع المادية :

الواقعة القانونية (Fait juridique) هى أمر يحدث فيترتب عليه كسب حق أو نقله أو تعديله او انقضاؤه . وهى اما أن تكون واقعة طبيعية كالفيضان الذى يخلق حالة قوة قاهرة والولادة والموت . أو تكون واقعة من فعل الانسان وهذه الاخيرة قد تكون عملا ماديا كارتكاب جريمة ، واصلاح الشخص حائط جاره دون أن يكون ملزما بذلك ، أو تكون عملا قانونيا كالبيع والايجار والوصية .

والاعمال أو التصرفات القانونية تتميز بأمر جوهرى عن غيرها من الوقائع القانونية ، فالتصرفات القانونية تتحكم فى وجودها وتحدد آثارها ارادة الشخص ، اما الوقائع الطبيعية والاعمال المادية ، فسواء تدخلت فى وجودها ارادة الشخص أو لم تتدخل فانها تتفق جميعا فى أن القانون هو الذى يحدد آثارها وبذلك يمكننا أن نجمع بين الوقائع الطبيعية والاعمال

المادية تحت تسمية واحدة هي الوقائع المادية «Faits matériels»
كى نقابل بينها وبين التصرفات القانونية «Acte juridique»

وعليه فالوقائع القانونية اما أن تكون وقائع مادية ، أو تكون تصرفات قانونية . وهذه تفرقة لها اهميتها القصوى فى الاثبـــات .

فالوقائع المادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات . وهذه قاعـــدة تمليها الضرورة العملية وان لم يرد بشأنها نص عام لان طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الادلة . فمثلا اذا طلب شخص ابطال عقد للتدليس أو للاكراه أو طلب تعويضا عن ضرر أصابه بسبب جريمة ارتكبت ضده فلا يعقل أن يطالب هذا الشخص بدليل كتابى لاثبات التدليس او الاكراه أو الجريمة ، لان ذلك يجعل الاثبات فى أغلب الحالات مستحيلا ، وانما يكون له أن يثبت هذه الوقائع بالكتابة أو بغيرها من طرق الاثبات حتى الشهـــادة والقـــرائـــن .

أما التصرفات القانونية فالاصل أن يكون اثباتها بالكتابة ، ولا تجوز الشهادة فى اثباتها الا استثناء بالنسبة الى التصرفات التى لا تتجاوز قيمتها 250 درهم ذلك لان هذه التصرفات ، كما رأينا ، تعتمد فى وجودها و فىمدى آثارها على ارادة الشخص ، فطبيعتها تسمح بأن يستلزم المشرع الدليل الكتابى فى اثباتها وأن يستبعد الشهادة والقرائن . وهناك فرق واضح بين التصرف القانونى والواقعة المادية .

ثانيـــا : الاتفاقـــات وغيرهـــا مـــن الافعـــال القانونية التى لا تتجـــاوز قيمتهـــا 250 درهمـــا :

رأينا أن القاعدة العامة التى نصت عليها المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود لا تجيز الشهادة فى اثبات الاتفاقات وغيرها مـــن الافعال القانونية التى تتجاوز قيمتها 250 درهم . وعليه يمكننا ان نستنتج من مفهوم المخالفة أن الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية التى لا تتجاوز قيمتها 250 درهم يجوز اثباتها بالشهادة .

وقد درج المثل فى القانون الفرنسى القديم على أن « الشهادة فوق الكتابـــة » (Témoins passent lettres)

والكتابة كوسيلة اثبات تحتل ، بسبب ما لها من ميزات على وسائل الاثبات الاخرى ، مكان الصدارة بين الادلة ، وان المشرع ، لذلك يستلزم الاثبات بالكتابة فى كل حالة تسمح فيها طبيعة الوقائع التى تكون محـــلا للاثبات ، بتقديم الدليل الكتابى عليها .

والكتابة كما رأينا دليل يعد سلفا ، أى منذ نشوء الواقعة التى يراد أن يتخذ وسيلة لاثباتها ، والوقائع القانونية التى تتفق طبيعتها مع امكان اعداد الدليل عليها منذ حصولها هى التصرفات القانونية ، ولذا فـــان المحال الذى يظهر فيه استلزام الكتابة للاثبات هو مجال التصرفـــات القــانـونيـــة .

الا أن المشرع لم يفرض الكتابة كوسيلة لاثبات التصرفات القانونية فى جميع الاحوال ، بل استلزم أن تزيد قيمة التصرف عن حد معين ليكـــون واجب الاثبات بالكتابة حتى لا يكون تطلب الدليل الكتابى فى المعاملات قليلة القيمة وهى المعاملات الجارية ، سبب مضايقة للمتعاملين ، ومن ناحيـــة أخرى فانه راعى ما تقتضيه التجارة من سرعة تتجافى مع ما يترتب علـــى استخدام الكتابة لاثبات التصرفات من بطء فاقتصر فى استلزام الاثبـــات بالكتابة فى جميع الاحوال والتصرفات القانونية المدنية دون تلك التى تتـــم بها المعاملات التجاريـــة .

من كل هذا يبدو أنه يلزم فى القانون المغربى تقديم الكتابة لاثبات كـــل تصرف قانونى تزيد قيمته على 250 درهم ، وقد نص المشرع على هـــذا الحكم فى المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود . الا أن القانون قد يستلزم اثبات بعض التصرفات القانونية بالكتابة مهما كانت قيمتها أى ولو قلت هذه القيمة عن 250 درهم وذلك بمقتضى نصوص خاصة . كما أن القانون اذا قرر أن يكون العقد مكتوبا اعتبر نفس الشكل مطلوبا فى كـــل التعديلات التى يراد ادخالها على هذا العقـــد

فبعد أن نصت الفقرة الاولى من المادة (401) من قانون الالتزامات والعقود على أنه لا يلزم لاثبات الالتزامات اى شكل خاص الا فى الاحوال التى يقرر القانون فيها شكلا معينا . جاءت الفقرتان الثانية والثالثة تقضيان بمـــا يلـــى :

« اذا قرر القانون شكلا معينا ، لم يسغ اجراء اثبات الالتزام او التصرف بشكل آخر يخالفه الا فى الاحوال التى يستثنيها القانون .

اذا قرر القانون أن يكون العقد مكتوبا اعتبر نفس الشكل مطلوبا فى كل التعديلات التى يراد ادخالها على هـــذا العقـــد » .

والثقة فى الدليل الكتابى توجب الايباح لمن يريد اثبات خلاف المدون به ، أن تكون أدلته فى هذا الاثبات أدلة لا تتوافر فيها مثل هذه الثقـــة كالشهادة أو ما يوازيها فى القوة . ولذا فقد قضت النصوص بقاعدة أخرى فى تحديد الحالات التى يجب الاثبات فيها بالكتابة ، هى أنه لا يجوز اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى الا بالكتابة ، بصرف النظر عن القيمة أى ولو لم تزد عن 250 درهم ، وهكذا فقد نصت المادة (444) من قانون الالتزامات والعقود على أنـــه :

« لا تقبل فى النزاع بين المتعاقدين ، شهادة الشهود لاثبات مـــا يخالف أو يجاوز ما جاء فى الحجج ، ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه فى الفصـــل 443 .

وتستثنى من هذه القاعدة الحالة التى يراد فيها اثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة ، أو تحدد مداها أو تقيم الدليـــل على تنفيذهـــا » .

على أن القانون يجيز اعفاء المكلف باثبات ما يجب فيه تقديم الدليل الكتابى من ضرورة الاثبات بالكتابة ، ويبيح له الاثبات بغيرها من الوسائل كالشهادة والقرائن ، لمبررات قدر أنها تجيز هذا الاعفاء وتحددها النصوص ،

فأجاز الالتجاء الى الشهادة أو القرائن لتكملة الدليل المستمد من كتابة لا تتوفر لها شروط الدليل الكتابى الكامل (بداية الثبوت بالكتابة أو بداية حجــة بالكتابة) ، اذا كانت هذه الكتابة تجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال وذلك طبقا للمادة (447) من قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بـأنـــه :

« لا تطبق الاحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه .

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه ، موظف رسمى مختص ، فى الشكل الذى يجعلها حجة فى الاثبات ، وكذلك اقوال الخصوم الواردة فى محرر أو فى حكم قضائى صحيحين شكلا » .

كما أجاز القانون الاعفاء من تقديم الكتابة للاثبات اذا تعذر ذلك على المكلف بالاثبات بسبب وجود ما منعه منذ البداية ، من الحصول على مثل هذا الدليل ، أو بسبب فقدان ما كان تحت يده من أوراق مثبتة لادعائه ، لسبب أجنبى لا يد له فيه . المادة (448 من قانون الالتزامات والعقود) .

والقواعد الموضوعية للاثبات تعتبر فى القانون المغربى غير متعلقة بالنظام العام مما يجعل للافراد أن يتفقوا على اتباع غيرها فيما يكلفون به من اثبات ادعائهم أمام القضاء ، ويهمنا هنا الاشارة الى اثر تصحيح مثل هذه الاتفاقات على قواعد الاثبات بالكتابة . ذلك أنه يؤدى الى اباحة الاتفاق على تطلب الكتابة للاثبات فى غير الحالات التى يوجبها فيها القانون ، والى الاعفاء من تقديم الدليل الكتابى ، حيث يوجبه القانون . لتحل محله الشهادة أو القرائن ، وذلك مهما كانت الصورة التى يتم بها الاتفاق اى سواء أكـــان سابقـــا على وجـــود الخصومـــة التى يلزم فيها الاثبات ، أو لاحقا لوجودها ، وسواء أكان اتفاقا صريحا أو ضمنيـــا .

ونتناول فيما يلى الاحوال التى أوجب فيها القانون الاثبات بالكتابة ، حتى اذا استعرضنا هذه الحالات تمكنا من معرفة وتحديد الحالات التـــى

يجوز فيها الاثبات عن طريق الشهادة ، وذلك لان المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود لم تنص بصفة مباشرة على الحالات التى تجوز فيها الشهادة فى الاثبات كما سبق لنا البيان ، بل حددت القاعدة الاساسية فى هذا المجال وهى عدم قبول الاثبات بالشهادة فيما يجاوز 250 درهم

وقد سبق لنا أن بينا أن قواعد الاثبات توجب تقديم الدليل الكتابى فى حالتين هما :

أولا : اثبات تصرف قانونى تزيد قيمته على 250 درهم (المادة 443) .

ثانيا : اثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى (المادة 444)

وندرس كلا من هاتين الحالتين فى مطلب مستقل ، ونخصص المطلب الثالث لبحث ما اذا كانت قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة فيما يجاوز 250 درهم متعلقة بالنظام العام .

المطلب الاول

اثبات التصرفات القانونية

التى تتجاوز قيمتها 250 درهم

تحدد المادة (443) الشروط الواجبة لتطلب الدليل الكتابى فى التصرفات القانونية فتنص على أن الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية (يقصد التصرفات القانونية الفردية) التى يكون من شأنها أن تنشىء أو تنقل أو تعدل أو تنهى الالتزامات أو الحقوق ، والتى تتجاوز قيمتها 250 درهم لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية . وتشير المادة (448) فى فقرتها الثانية على انه :

« اذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابى لاثبات الالتزام كالحالة التى تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة

التى يراد فيها اثبات وقوع غلط مادى فى كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للاكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التى تعيب الفعل القانونى وكذلك الامر بين التجار فيما يخص الصفقات التى لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابى » .

ومن استعراض هذه الفقرة يتضح ان الاثبات بين التجار يكون بغير الكتابة بالنسبة للاعمال التى لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابى فيها .

ومن هذين النصين يظهر أنه يشترط لاستلزام الكتابة وجوب توافر الشرطين الآتيين :

(1) أن يكون محل الاثبات تصرفا قانونيا مدنيا .

(2) أن تزيد قيمته على 250 درهم .

ولكن هناك شرطا ثالثا يضاف الى هذين الشرطين هو أن يكون الاثبات مطلوبا من شخص له بالتصرف صلة تخول له الحصول على دليل كتابى أى كما يقول الفقه من شخص يعتبر طرفا فى هذا التصرف

ونوضح معنى كل من هذه الشروط وذلك فيما يلى :

الشرط الاول :

يقضى بأن يكون محل الاثبات تصرفا قانونيا ، وسواء أكان ما يراد إثباته هو عقد من العقود أو تصرف صادر من جانب واحد أى بارادة منفردة ، فتعبير التصرف القانونى يشمل الصورتين . وكل عقد أو تصرف ، مهما كان الاثر الذى يترتب عليه من انشاء أو نقل أو تعديل أو انهاء التزام من الالتزامات أو غير ذلك من الآثار ، يجب اثباته بالكتابة اذا توافرت الشروط الاخرى ، فابراء الدائن لمدينه ، واجازة التصرف القابل للابطال ، والاقرار الذى يتم خارج مجلس القضاء والنزول الصريح عن حق الارتفاق أو عن الحق فى الشفعة ، من التصرفات الفردية التى تلزم الكتابة لاثباتها ، وكذا

سائر العقود التى تنشىء الالتزام أو تنقله كالبيع والايجار والوديعة والحوالة وغيرها .

وكما تنطبق القاعدة فى الدعاوى المدنية ، تنطبق ايضا فى الدعاوى الجنائية ما دام ما يراد اثباته هو التصرف القانونى . فالجرائم التى تقوم على الاخلال بتصرف مدنى يخضع اثبات هذا التصرف فى شأنها لتلك القاعدة (1) ففى جريمة خيانة الامانة تكون الكتابة واجبة فى اثبات عقد الوديعة أو العارية أو الرهن أو الوكالة الذى تقوم عليه هذه الجريمة اذا جاوزت قيمة التصرف 250 درهم .

والتصرف الذى تلزم الكتابة لاثباته يجب أن يكون تصرفا مدنيا لا تجاريا اذ لا تحديد لوسائل اثبات التصرفات التجارية ، مهما بلغت قيمتها فيجوز اثباتها بالشهادة أو غيرها وذلك اذا لم تجر العادة بين التجار على تطلب الاثبات بالكتابة فيها ، وسنعود الى بيان أحكام التصرفات التجارية عند الكلام عن الحالات التى يجوز فيها الاثبات بواسطة الشهادة على سبيل الاستثناء .

والعبرة بما يراد اثباته ، فاذا أريد اقامة الدليل على واقعة مختلطة تجمع بين عنصرين ، أحدهما تصرف قانونى ، والآخر واقعة مادية ، فان القاعدة تسرى على الاول منها ، ويجوز اثبات الثانى بجميع الطرق (1) فلو ان ما يراد اثباته خطأ تعاقدى هو الاخلال بالتزام بالامتناع عن عمل معين ، فان اثبات العقد يكون بالكتابة ، بينما تثبت واقعة الاخلال بجميع الطرق .

الشرط الثانى :

يعنى أنه لتطلب الكتابة لاثبات التصرف القانونى يلزم أن تكون قيمته اكثر من 250 درهم أو أن يكون غير محدد القيمة ، وقيمة التصرف تحدد بقيمة الحقوق التى تكون محلا له والتى تطلب استنادا اليه . فاذا لم يمكن

---

(1) بلانيول وريبير وجابولد — الجزء السابع — نبذة 1815 .
ديمولومب — الجزء الثالث — نبذة 17 .
لوران — الجزء التاسع عشر — نبذة 432 .
أوبرى ورو — الجزء الثانى عشر — صفحة 312 .
بودرى وبارد — الجزء الثالث — نبذة 2521 .

تقدير قيمة مالية لهذه الحقوق اعتبرت زائدة عن 250 درهم ووجب الاثبات فيها بالكتابة ، فاذا طلب شخص باسترداد وديعة هي عبارة عن اوراق لا يمكن تقويمها بالمال كشهادات طبية او شهادات علمية ، كان عليه أن يثبت هذه الوديعـــة بالكتابة .

من هذا يتضح أن التصرف غير المحدد القيمة يأخذ حكم التصرف الذى تجاوزت قيمته 250 درهم ، وذلك لان الاصل فى الاثبات أن يكون بالكتابة ، والاستثناء هو جواز الاثبات بالشهادة فاذا وجدت حالة لا يمكن ردها الى احدى الحالات التى تجوز فيها الشهادة للاثبات تعين الاخذ بما يقتضيه الاصل.

وقد جعل المشرع المغربى نصاب الشهادة 250 درهم ، واذا كان المشرع يجيز الاثبات بالشهادة اذا لم تجاوز قيمة التصرف حـــدود هـــذا النصاب فعلة ذلك أن اشتراط الكتابة بالنسبة الى العمليات القليلة القيمة يكون مدعاة للمضايقة والتعطيل ، وسببا لنفقات يتحملها الاميون دون ضرورة لاسيما وأن خطر اغراء الشهود يتضاءل فى هذه الحالة . ويقصد بقيمـــــة التصرف فى هذا المجال المصلحة التى يمثلها الاساس القانونى للنزاع فاذا كانت هذه المصلحة تزيد قيمتها على 250 درهم ، كانت الكتابة واجبة فى الاثبات . فالعبرة اذا ليست بمقدار ما هو مطلوب ، بل بقيمة الحق الـــذى يثور بحثه فى القضية .

والعبرة فى تقدير التصرف هى بقيمته عند انعقاده لا وقت تنفيذه ، فاذا زادت قيمة التصرف وقت صدوره على 250 درهم وجبت الكتابة فى اثباته ، حتى لو نزلت القيمة الى نصاب الشهادة وقت رفع الدعوى ، واذا كـــان العكس جازت الشهادة فى اثباته حتى لو جاوزت القيمة نصاب الشهادة وقت رفع الدعوى . فلو كان هناك شىء مودع ، وكانت قيمته وقت الايداع تزيد على 250 درهم ، فان الكتابة تجب فى اثبات عقد الوديعة ، حتى لو نزلـــت قيمة ذلك الشىء الى نصاب الشهادة بعد ذلك . واذا كان العكس فـــان الشهادة تجوز مع ذلك فى اثبات هذا العقد .

من كل هذا يتضح أن قيمة التصرف تحدد بقيمة ما ينشأ عنه من حقوق وقت انشائه ، اى أن الالتزام او الحق الشخصى يقدر باعتبار قيمته وقت

صدور التصرف ، واذا كان محل التصرف مالا غير النقود ولم يكن مقوما بها، كان للقاضي أن يقدر قيمته لتحديد ما ينطبق على اثباته من قواعد ولــه ان يستعين في ذلك بالخبراء .

وقد اعتبر المشرع أن رفع المدعي لدعواه على أساس زيادة حقه عن 250 درهم قرينة على أن قيمة حقه تزيد فعلا عن ذلك ، والزمه بتقديره عند رفع الدعوى ، لتحديد وسيلة الاثبات التي تقبل منه ، وقد نصت المـــادة (445) من قانون الالتزامات والعقود على هذا المعنى اذ جاءت تقضـــي بأنــــه :

« لا تقبل شهادة الشهود ممن أقام دعوى تتجاوز قيمتها القـــدر المنصوص عليه في الفصل 443 ، ولو انقص قيمة دعواه الاصلية فيما بعد، ما لم يثبت أن الزيادة التي حصلت في قيمة دعواه قد نشأت عن غلــط » .

كما أن العبرة في تقدير قيمة المدعى به هي بقيمة التصرف باكمله ، ولو كان المطلوب هو بعض الحق الذي ينشأ من هذا التصرف ، والذي يقل عن النصاب الذي تلزم الكتابة لاثباته ، ولذا فالمطالبة بجزء من حق تجب الكتابة لاثباته ، لا تعفى من الاثبات بالكتابة ولو كان الجزء المطلوب هــو الجزء الباقي وكان لا يزيد عن 250 درهم وبصرف النظر عما اذا كان أصل الحق منازعا فيه أو غير منازع . ذلك أن نص القانون لا يفرق بين حالــة وأخرى على خلاف ما أخــذ بــه المشرع في تقديــر قيمـــة المدعـــى به في قانون المسطــــــرة .

وقد نصت المادة (446) من قانون الالتزامات والعقود على هذا الحكم اذ جاءت تنــص على أنـــه :

« لا تقبل شهادة الشهود لاثبات دعوى المطالبة بمبلغ يقل مقداره عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443 ، اذا حصل التصريح بأن هذا المبلغ جزء من دين أكبر لم يقع اثباته بالكتابة » .

ويرتبط باعتبار أن وقت نشوء التصرف هو وقت تحديد قيمته ، أن ما ينتج بعد ذلك من ملحقات للحق الناشيء عنه ، من فوائد أو غيرهــا ، لا

يضاف الى هذا الحق لتقدير قيمته ، بقصد تحديد وسيلة الاثبات الواجبة فيه، ولو كان من الممكن تقدير هذه الملحقات عند ابرام التصرف اى انه يجـوز الاثبات بالشهادة اذا كانت زيادة الالتزام عن 250 درهم لم تأت الا مـــن ضم الفوائد والملحقات الى الاصل .

اثبـــات الــوفـــاء :

الوفاء يعتبر بمثابة تصرف قانوني تنطبق عليه قاعدة الاثبات بالكتابة اذا كان محله يزيد على 250 درهم وبذلك يجوز اثبات كل وفاء لا تزيد قيمته على 250 درهم بالشهادة ، اى أن القانون ينظر الى الوفاء باعتباره تصرفا مستقلا ، ويجعل اثباته على حسب قدر المبلغ الموفى به بصرف النظر عن اصل الدين الذى يتم الوفاء سددا له . وهذا يعنى أن أصل الدين لو كـــان يزيد على 250 درهم فان هذا لا يمنع المدين من أن يثبت الوفاء به على أقساط لا يزيد الواحد منها عن هذا المبلغ بكل وسائل الاثبات بما فى ذلك الشهادة .

وتشير كثير من نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربى الـــى اعتبار الوفاء ، فيما يتصل باثباته كالتصرف القانونى المستقل مثل المـــواد « 443 و 444 و 448 » . ويرى الفقه المصرى أن تقتصر اباحة الاثبات بغير الكتابة ، فى الوفاء الجزئى لدين يزيد أصله على نصاب الشهادة ، على حالة اثبات المدين للوفاء بقصد اثبات براءة ذمته من القدر الموفى به ، دون غيرها من الحالات .

على انه يلاحظ أن التمسك بالوفاء قد يراد به غرض آخر غير اثبات براءة الذمة ، وفى هذه الحالة لا تكون العبرة بمقدار ما حصل الوفاء به ، بل النتيجة القانونية التى تترتب على اثبات الوفاء . فاذا كان من يتمســـــك بالوفاء هو الدائن لكى يدلل به على اجازة المدين بعقد قابل للابطال ، أو على انقطاع تقادم الحق الذى له ، كانت العبرة بقيمة هذا الحق أو ذلك العقـد . فاذا كانت هذه القيمة تجاوز نصابا معينا وجبت الكتابة فى الاثبات ، حتـــى لو كان ما أداه المدين لا يجاوز النصاب (1) .

---

1) الاثبات فى المواد المدنية ــ عبد المنعم فرج الصدة ــ صفحة 213 .

الشرط الثالث : أن يكون الاثبات مطلوبا من طرف فى التصـــــرف ، لان من يعتبر كذلك هو الذى يكون فى مركز قانونى يسمح له بالحصول على محرر مثبت لهذا التصرف . أما من يطالب باثبات التصرف من غير أطرافه فلا يتصور الزامه بتقديم دليل كتابى عليه نظرا الى ان مركزه كغير ، لا يجعل الحصول على الدليل فى امكانه . فالمتعاقد أو من يعتبر خلفا عاما لـــــــه (كالوارث) يلتزم باثبات العقد بالكتابة اذا كانت قيمته تزيد علـــى 250 درهم .

المطلـــب الثـــانـــى

اثبات ما يخالف او يجاوز مـــا اشتمـــل عليـــه

دلـــيـــل كتـــابـــى

تقضى المادة (444) من قانون الالتزامات والعقود على انـــه :

« لا تقبل فى النزاع بين المتعاقدين ، شهادة الشهود لاثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء فى الحجج . ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه فى الفصل 443 .

وتستثنى من هذه القاعدة الحالة التى يراد فيها اثبات وقائع مـــــن شأنها ان تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة ، أو تحدد مداها ، أو تقيم الدليل على تنفيذها » .

فالقاعدة أن الكتابة تجب فى اثبات التصرف القانونى اذا زادت قيمته على 250 درهم ، أو كان غير محدد القيمة ، والطريقة التى سلكها المشرع فى التعبير عن القاعدة الاساسية فى ميدان البينات وذلك فى المـــادة (443) بقوله « لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود » قصد بها اظهار ما للاثبات بالشهادة من طابع الاستثناء ، لان الاصل فى اثبات التصرفات القانونية كما رأينا ان يكون بالكتابة .

وقد سبقت لنا الاشارة الى أن هناك استثناءين يردان على هذه القاعدة :

الاول : هو اتفاق المتعاقدين على خلاف هذه القاعدة ، وسنعود للكلام عن هذا الاستثناء الاول فى المطلب الثالث من هذا المبحث .

والثانى : هو نص القانون على ما يخالف هذه القاعدة . ويتحقق ذلك فيما أورده المشرع من تصرفات معينة أوجب الكتابة فى اثباتها ولو لم تزد قيمتها على نصاب الشهادة ، او يستلزم الكتابة لانعقادها ، فيقتضى هذا بطبيعة الحال أن تكون الكتابة واجبة فى اثباتها .

والواقع أن هذه القاعدة تتفق مع القاعدة السالفة التى تقضى بوجوب الكتابة فى الاتفاقات التى تتجاوز قيمتها 250 درهم فى نطاق ، وتعتبر قيدا واردا عليها فى نطاق آخر . ذلك أنه فيما يزيد على 250 درهم تكون الكتابة واجبة فى الاثبات ايضا طبقا للقاعدة السابقة ، اما فى حدود هذا النصاب فتظهر أهمية القاعدة التى نحن بصددها اذ يقوم تعارض بين الشهادة والكتابة فتكون الغلبة لهذه الاخيرة .

ومن استعراض نص المادة (444) يتضح انه يلزم لتطبيق هذه القاعدة توافر الشروط الاربعة الآتية :

أولا : أن يكون هناك دليل كتابى .

ثانيا : أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا .

ثالثا : أن يكون المراد اثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة .

رابعا : أن يكون الاثبات مقصورا على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يتعدى الغير .

ونتكلم فيما يلى عن كل شرط من هذه الشروط :

الشرط الاول : أن يوجد دليل كتابى

يتضح هذا الشرط من استعراض الفقرة الاولى من المادة (444) من قانون الالتزامات والعقود التى تقضى بأنه :

« لا تقبل فى النزاع بين المتعاقدين ، شهادة الشهود لاثبات ما يخالف او يجاوز ما جاء فى الحجج ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه فى الفصل 443 » .

ويقصد بالدليل الكتابى (الحجة) الاوراق التى تعتبر دليلا كاملا وهى الاوراق الرسمية ، والاوراق العرفية المعدة للاثبات ، والرسائل الموقع عليها ، فهذه المحررات هى وحدها التى تجب الكتابة فى اثبات ما يخالف المدون فيها أو يجاوزه (1) .

أما الاوراق التى لم تعد للاثبات ، كالدفاتر التجارية فيجوز اثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالشهادة أو بالقرائن . ولكن اذا كانت هذه الاوراق موقعا عليها وأريد بها الاثبات كما هو الغالب فى المراسلات فانها تعتبر فى حكم الكتابة المعدة للاثبات ، ولا يجوز اثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها الا بالكتابة (2) .

الشرط الثانى : أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا .

ان هذا الشرط لا يستخلص صراحة من نص المادة (444) وذلك لان هذه المادة جاءت بعبارة عامة يمكن تطبيقها على المنازعات المدنية والتجارية « لا تقبل فى النزاع بين المتعاقدين » ولكنه يعتبر تطبيقا للقواعد العامة فى الاثبات وكذلك للفقرة الثانية من نص المادة (448) التى تعتبر استثناء للقاعدة العامة الواردة فى المادة (443) .

فلتطبيق القاعدة التى نحن بصددها يجب اذن أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا ، وفى هذه الحالة تنطبق القاعدة حتى لو لم تزد قيمة التصرف على 250 درهم . والواقع أن أهمية هذه القاعدة لا تظهر الا اذا كانت قيمة التصرف فى حدود نصاب الشهادة ، اذ فى هذه الحالة لا تجوز الشهادة فى اثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة .

الشرط الثالث : أن يكون المراد اثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

---

1) عبد المنعم فرج الصدة ــ الاثبات فى المواد المدنية صفحة 215 عن أوبرى ورو (الجزء 12) صفحة 271 .

2) بلانيول وريبير وجابولد 7 صفحة 982 فقرة 1528 .

يتضح استلزام هذا الشرط لتطبيق القاعدة التى نحن بصددها صراحة من نص الفقرة الاولى من المادة (444) من قانون الالتزامات والعقود ، فيجب اذن لانطباق القاعدة ان يكون ما يراد اثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة .

فاثبات ما يخالف الكتابة معناه مناقضة المكتوب ، اى تكذيبه ، كأن يكون هناك سند كتابى بقرض ويراد اثبات أن المبلغ المقترض يختلف فى حقيقته عن المقدار المذكور فى السند ، أو يكون هناك عقد بيع ذكر فيه أن الثمن قد دفع ويراد اثبات انه لم يدفع وان العقد فى حقيقته هبة مستورة . فادعاء ما يخالف الكتابة ادعاء بالصورية .

واثبات ما يجاوز الكتابة معناه الاضافة الى ما هو مكتوب ، وذلك بالادعاء بصدور تعديلات شفوية ، سواء كانت هذه التعديلات سابقة على انعقاد التصرف أو معاصرة له أو لاحقة له . وسواء اريد بها تغييرا فى الشروط المكتوبة او اضافة اليها أو حذفا منها ، مثل ذلك أن يكون هناك قرض ثابت بالكتابة ولم تذكر فيه فوائد ، ويريد الدائن أن يثبت أن هناك اشتراطا خاصا بالفوائد ، أو العكس ، أو يريد المدين أن يثبت أن هناك وصفا معدلا لحكم الالتزام المكتوب كشرط أو أجل ولم يكن هذا أو ذاك مذكورا فى السند ، أو العكس ، ففى مثل هذه الحالات وحيث يرتب على التعديل المدعى زيادة أو نقصان فى حقوق الطرفين حسبما هو ثابت بالكتابة ، لا يقبل الاثبات بالشهادة .

على أن هذه القاعدة لا تحول دون امكان اثبات ما يشوب التصرف المكتوب من عيوب الارادة والغش بالشهادة . فهذه العيوب لا تنطوى على اتفاقات تخالف المكتوب أو تجاوزه وانما هى أمور لها اثرها على صحة التصرف .

والغلطات المادية ، وهى غلطات القلم ، وكذلك الغلطات فى الحساب، يجرى تصحيحها دون حاجة الى كتابة أخرى لاثبات الغلط . ولكن يجب أن يكون هذا التصحيح مستمدا من عبارات الورقة ، أو مستندا على الاقل الى

عنصر دال عليه في هذه العبارات ، بحيث لا ينطوي على مخالفة للمكتوب أو مجاوزة لـــه .

فاذا كان من الممكن استخلاص الغلط بوضوح من مضمون الورقـــة قام القاضي بتصحيحه من تلقاء نفسه . واذا كانت دلالة المكتوب على الغلط غير تامة كان للقاضي أن يستكمل هذه الدلالة بالشهادة . أما الغلط الـــذي لا تنهض به دلالة ما من عبارات الورقة فلا تجوز اقامة الدليل عليـــه الا بكتابة أخـــرى .

واذا أريد اثبات ما يخالف ورقة رسمية ، فيما يقرر الموظف العام أنه وقع تحت بصره أو سمعه ، فلا سبيل الى ذلك الا عن طريق الطعن بالتزوير. أما اذا أريد اثبات ما يخالف الورقة الرسمية في غير ذلك ، أو اثبات ما يخالف مشتملات الورقة العرفية أيا كانت ، فهذا جائز ، على أن يكون الدليل على ما يخالف الكتابة هو أيضا دليل كتابي ، ولو كان ذلك مبدأ ثبوت بالكتابـــــة معززا بالشهادة أو بالقرائن . ومثل اثبات ما يخالف الكتابة أن يتقدم الخصم لاثبات أن ما ورد في الورقة من أن الثمن المدفوع هو مبلغ كذا بيان غيـــر صحيح ، والصحيح أن المبلغ المذكور في الورقة هو مبلغ أكبر لمنع الشفعة مثـــلا ، أو هو مبلـــغ أقـــل لتخفيـــض رسوم التسجيل مثـــــلا ، فـــاذا كان الخصم هو أحد طرفي العقد لم يجز له اثبـــات ذلك الا بالكتابـــــة . ومثل ذلك أيضا أن يريد البائع اثبات أن البيع المكتوب بيع صوري ، فـــلا يستطيع ذلك بالكتابة وهي هنا ورقة الضد (Contre-lettre)

ولا يجوز للخصم أن يثبت ما يجاوز الكتابة الا بالكتابة . مثل ذلك أن يتقدم المدين لاثبات أن الالتزام المكتوب ، وهو منجز ، علق بعد ذلك على شرط أو اقترن بأجل . أما اذا كان الالتزام قد كتب معلقا على شـــــرط أو مقترنا بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه التزام منجز ، فهذا يكـــون اثباتا لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضا الا بالكتابة كما سبق لنا البيان . ومثـــل ذلك أيضا أن يكون القرض المكتوب لم يذكر فيه أنه قرض بالفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن هناك فائدة متفقا عليها ، فلا يجوز اثبات ذلك الا بالكتابة ، حتى لو كانت الفائدة وأصل الدين معها لا يزيد على 250 درهم ، لان هـــذا اثبات لما يجاوز الكتابة ، أما اذا ذكر في القرض المكتوب سعر للفائدة ،

واراد الدائن أن يثبت أن السعر المتفق عليه هو اكبر مما ذكر ، او اراد المدين ان يثبت أن هذا السعر اقل ، فهذا اثبات لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو ايضا الا بالكتابة كما قدمنا . وبوجه عام لا يجوز اثبات اتفاق اضافى فوق ما هو ثابت بالكتابة الا بالكتابة سواء ادعى أن هذا الاتفاق الاضافى قد تم قبل الكتابة ، أو تم فى اثنائها أو تم بعدها ، على حد تعبير التقنين المدنى الفرنسى (1) .

وقد اختلف الفقه والقضاء فى شأن اثبات تاريخ التصرف . فرأى يقول بجواز اثبات تاريخ التصرف بالشهادة — ما لم يتطلب القانون تاريخا ثابتا — ولو كان التصرف مدونا فى كتابة ويتضمن التزامات تزيد على نصاب الشهادة لان التاريخ واقعة طبيعية لا عمل قانونى . ورأى آخر يذهب الى ان تاريخ التصرف يتصل بالتصرف اتصالا وثيقا ، بل يعتبر من محدداته اذ يتوقف عليه فى الكثير من الاحوال نفاذ التصرف ، كما فى التصرف الصادر من شخص اعسر أو حجر عليه أو مات عقب مرض ، فلا يجوز اثباته بالشهادة ما دام التصرف ذاته ثابتا بالكتابة .

الشرط الرابع :

أن يكون الاثبات مقصورا على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يتعدى الغير .

ان قاعدة الاثبات بالدليل الكتابى فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها لا تطبق الا فى العلاقة بين المتعاقدين ، الذين كان بوسعهم الحصول على الدليل المذكور منذ انشاء العقد . فالمادة (444) من قانون الالتزامات والعقود التى نصت على هذه القاعدة جاءت تقضى فى مستهلها : « لا تقبل فى النزاع بين المتعاقدين . . . »

ومعنى هذا أن كل ما قدمناه من وجوب الاثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها انما يكون فى العلاقة ما بين المتعاقدين ، اذ هما اللذان

1) السنهورى — الوسيط — الجزء الثانى — صفحة 401 .

كانا يستطيعان الحصول على الكتابة منذ البداية ، وكالمتعاقدين الخلف العام .

أما الغير فيجوز له الاثبات بالشهادة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، كما أن له اثبات وجود التصرف نفسه بالشهادة وبالقرائن ولو زادت قيمته على 250 درهم . ففى الحالتين يعتبر التصرف بالنسبة اليه وهو من الغير واقعة مادية يجوز اثباتها أو اثبات ما يخالفها أو يجاوزها بجميع الطرق .

المطلب الثالث

صلة قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة بالنظام العام

اذا اعتبرت قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة فيما يجاوز 250 درهم متعلقة بالنظام العام ترتب على ذلك :

1) أن الاتفاق مقدما على ما يخالفها يقع باطلا .

2) أن التنازل عن التمسك بها فى اثناء سير الدعوى وقبول الاثبات بالشهادة لا يقيدان من صدرا منه .

3) أنه يجب على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الاثبات بالشهادة فيما تجب فيه الكتابة ولو لم يتمسك ذو الشأن بذلك .

4) وأنه يجوز لذى الشأن أن يتمسك بوجوب الاثبات بالكتابة فى أية حال كانت عليها الدعوى ولو لاول مرة أمام محكمة النقض .

والعكس بالعكس فى كل هذه النتائج .

والحقيقة ان هذه القاعدة ، وقد شرعت لتقليل المنازعات ولصيانة أخلاق الناس بالحد مما يغريهم عليه جواز الاثبات بالشهادة من كذب

وتلفيق ، انما شرعت لمصلحة عامة . ولكن السؤال الذى يمكن أن يتبادر الى الذهن لاول وهلة هو ما اذا كانت هذه القاعدة ترقى بها المصلحة العامة التى شرعت من أجلها الى الحد الذى يجعلها من النظام العام .

لقد قضى المذهب الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين بصحة التنازل الحاصل فى أثناء سير الدعوى عن التمسك بهذه القاعدة سواء كان التنازل صراحة أو ضمنا ، وبأنه ليس للمحكمة أن ترفض من تلقاء نفسها طلب الاثبات بالشهادة ، وبأنه لا يجوز التمسك بهذه القاعدة لاول مرة أمام محكمة النقض . غير أن المحاكم الفرنسية لم تقض بصحة الاتفاق مقدما على جواز الاثبات بالشهادة فيما تجب فيه الكتابة اى بصحة الاتفاق الذى يحصل بشأن ذلك من وقت انعقاد التصرف (1) .

وفى مصر اختلف الفقهاء فى هذا الموضوع فالبعض يرى أن هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام ، والبعض الآخر يذهب مذهبا معاكسا للرأى الاول ، وقد استند هذا الفريق من الفقهاء فى دعم رايه بأن هذه القاعدة ولو أنها فى الاصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضى فانها موضوعة أيضا لصيانة حقوق الافراد مما تتعرض له من ضياع بسبب كذب الشهود وتلفيق الشهادات وبأنه ما دام المدعى عليه يملك أن يقر على نفسه بالحق المدعى ، فمن باب أولى يملك أن يسلم بثبوت ذلك الحق فى ذمته من طريق الشهادة عوضا عن طريق الكتابة (2) .

ولا يوجد فى القانون المغربى اى نص يقضى بعدم جواز الاتفاق على مخالفة القاعدة التى تقضى بلزوم الاثبات بالكتابة فيما جاوز 250 درهم . ومع ذلك وعملا بالرأى السائد فقها واجتهادا فى فرنسا ومصر — والقاضى بأنه اذا كان للانسان أن يتنازل عن الحق ذاته تنازلا مطلقا أو مقيدا فله من باب أولى أن يتنازل عن طريق من طرق اثباته — لا يسعنا الا القول بأن كل اتفاق يتناول بالتعديل هذه القاعدة يعتبر اتفاقا صحيحا نافذا .

---

1) كولان وكابتان — الجزء الثانى — فقرة 474
2) السنهورى — الوسيط — الجزء الثانى صفحة 96 .
— (عبد المنعم فرج الصدة — الاثبات فى المواد المدنية — صفحة 18)

المبحث الثاني

الحالات التي تجوز فيها البينة بالشهادة استثناء

بعد أن نصت المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود على القاعدة الاساسية للبنية عن طريق الشهادة واقرت بأنه لا يجوز الاثبات بواسطة الشهادة متى جاوزت الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية نصاب الشهادة وهو 250 درهم . وبعد أن اكدت المادة (444) بأنه لا تقبل فى النزاع بين المتعاقدين شهادة الشهود لاثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء فى الحجج ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه فى المادة (443) .

جاء المشرع ينص على حالات كان الاصل فيها أن يكون الاثبات بالكتابة ولكن أجيزت الشهادة فيها للاثبات من قبيل الاستثناء وذلك فى المادتين (447) و (448) وهكذا فقد نصت المادة (447) من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

« لا تطبق الاحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة .

وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه .

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه ، موظف رسمى مختص ، فى الشكل الذى يجعلها حجة فى الاثبات . وكذلك اقوال الخصوم الواردة فى محرر أو فى حكم قضائى صحيحين شكلا » .

كما أن المادة (448) جاءت تقضى بأنه :

« استثناء من الاحكام السابقة يقبل الاثبات بشهادة الشهود :

1 — فى كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذى يتضمن الدليل الكتابى لالتزام له أو للتحلل من التزام عليه ، نتيجة حادث فجائى أو قوة قاهرة أو سرقة .

وتخضع الاوراق النقدية والسندات لحاملها لاحكام خاصة .

2 ــ اذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابى لاثبات الالتزام ، كالحالة التى تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة التى يراد فيها اثبات وقوع غلط مادى فى كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للاكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التى تعيب الفعل القانونى وكذلك الامر بين التجار فيما يخص الصفقات التى لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابى لاثباتها .

تقدير الحالات التى يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابى موكول لحكمة القاضى » .

والحقيقة ان المشرع لما فضل الكتابة على الشهادة ، وجعل الاثبات بها واجبا فى الحالات المهمة ، كان الباعث له على ذلك عدم ثقته فى شهادة الشهود وامكان مغايرتها للواقع كل المغايرة . ولكنه رأى فى الوقت ذاته أن التشدد فى اقتضاء الدليل الكتابى والمبالغة فى التشكك فى شهادة الشهود قد لا يكون لهما فى بعض الاحوال ما يبررهما ، وقد يلحقان ببعض المتقاضين فى أحوال أخرى ظلما واضحا ، أو يحولان دون الكشف عما قصد المتعاقدون اخفاءه من أعمال غير مشروعة .

فاستثنى تلك الاحوال من وجوب الاثبات بالكتابة وأجاز فيها الاثبات بالشهادة .

وسنتناول فيما يلى الحالات التى يجوز فيها الاثبات بواسطة الشهادة استثناء طبقا للمادتين (447) و (448) مخصصين لكل حالة مطلبا مستقلا .

المطلب الاول

بداية حجة بالكتابة

الحالة الاولى التى اعتبرها المشرع استثناء من القاعدة العامة هى الحالة التى نص عليها فى المادة (447) وهى حالة بداية حجة بالكتابة أو مبدأ الثبوت بالكتابة كما تسميها بعض التشريعات العربية . وهكذا فقد نصت المادة (447) على انه :

« لا تطبق الاحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة .

وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه .

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه موظف رسمى مختص ، فى الشكل الذى يجعلها حجة فى الاثبات . وكذلك أقوال الخصوم الواردة فى محرر أو فى حكم قضائى صحيحين شكلا » .

ومن استعراض هذه المادة نجد أن الفقرة الاولى تقرر القاعدة فتقضى بأن الاحكام المقررة فيما سبق لا تطبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة .

وتوضح الفقرتان الثانية والثالثة المقصود ببداية حجة الكتابة . ويلاحظ ان عبارة « مبدأ ثبوت بالكتابة » التى أوردتها بعض التشريعات العربية غير دقيقة ولا توفى بالمعنى المقصود بها ، ذلك أنه واضح أن كلمة « مبدأ » فى هذه التسمية لم تأت بمعنى « قاعدة » وانما جاءت بمعنى « بداية » فالمقصود هو بداية ثبوت بالكتابة ، ولذلك كانت العبارة التى أوردها المشرع المغربى وهى « بداية حجة بالكتابة » أدق فى التعبير .

ويتضح من نص المادة (447) أن شروط تطبيق القاعدة التى نحن بصددها هى :

1) أن توجد كتابة .

2) أن تكون هذه الكتابة صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه .

ونتكلم فيما يلى عن كل شرط وذلك بشىء من التفصيل .

الشرط الاول : وجود كتابة :

يجب لوجود بداية حجة بالكتابة أو بداية ثبوت بالكتابة أن تكون تكون هناك ورقة مكتوبة . وليس المقصود أن تكون تلك الورقة دليلا كتابيا

كاملا لانها اذا كانت كذلك فلا محل لتعزيزها بالشهادة ، ذلك أن الشارع لم يجز الشهادة فى الاثبات فى هذا المجال الا لانها ليست هى الدليل الوحيد ، وانما يقتصر دورها على تعزيز دليل موجود .

اذ أن القاضى قد قطع مرحلة فى سبيل الاقتناع ولم يبق أمامه الا أن يكمل اقتناعه عن طريق الشهادة أو القرائن .

ولهذا يجب لتوافر الشرط الاول وجود ورقة مكتوبة ، أما مجرد الاعمال المادية ، ايجابية كانت أو سلبية ، ولو كانت ثابتة بالشهادة أو بالقرائن فلا تكفى ، ويترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام اذا انطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل أو نقل بضاعة ، وثبت بغير الكتابة كما هو الشأن فى هذه الاعمال اذ تثبت عادة بالشهادة أو بالقرائن أو بالمعاينة ، فانه لا يصلح أن يكون بداية حجة بالكتابة . أما اذا كان تنفيذ الالتزام ينطوى على تصرف قانونى كالوفاء بمبلغ من النقود ، فلا بد من اثبات هذا التنفيذ وهو تصرف قانونى بورقة مكتوبة اذا زادت القيمة على 250 درهم . وهذه الورقة ــ سواء كانت دليلا كتابيا كاملا على التنفيذ أو لم تكن الا بداية حجة بالكتابة ــ تكون فى الوقت ذاته بداية حجة بالكتابة بالنسبة الى اثبات وجود الالتزام . فاذا كان الوفاء منصبا على مبلغ لا يزيد على 250 درهم وكان هذا هو كل الدين ، فاثبات الوفاء يجوز بالشهادة وبالقرائن ، ولكننا فى هذه الحالة نكون فى غير حاجة الى بداية حجة بالكتابة لاثبات الالتزام ذاته اذ يجوز اثباته هو أيضا بالشهادة وبالقرائن .

والسؤال الذى يمكن أن يتبادر الى الذهن فى هذا المجال هو هل أية كتابة تصلح بداية حجة بالكتابة ؟

يجيب اغلب الفقه (1) بأن الكتابة تؤخذ هنا بأوسع معانيها ، فهى تنصرف الى أية ورقة مكتوبة ، فلا يشترط فيها شكل ما أو توقيع ، ولا أن

1) السنهورى الوسيط الجزء الثانى صفحة 420 فقرة 211 .
ــ عبد المنعم فرج الصدة صفحة 248 .
ــ سليمان مرقس صفحة 281 .

تكون معدة للاثبات . وقد تكون هذه الكتابة سندا أو رسالة أو مذكرة خاصة أو اقوالا فى محضر تحقيق أو فى محضر استجواب أو فى مذكرة قدمها الخصم فى الدعوى أو محضر صلح او توقيعا أو بقايا سند متآكل . والسند غير الموقع ــ اذ السند الموقع يكون دليلا كتابيا كاملا ــ ودفاتر تجارية وسجلات واوراق منزلية ، ومحاضر الجرد ودفاتر الحساب والايصالات والمخالصات والتأشيرات المدونة فى هامش الاوراق والسندات أو فى ظهرها ، وصور الاوراق الرسمية .

كما أن الاوراق القضائية ونحوها من الاوراق تصلح لان تكون بداية حجة بالكتابة ، حتى لو كانت أوراقا فى قضية أخرى ، وذلك كالبيانات المدونة فى أسباب الحكم ، وما ورد فى محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق ، والاقرارات التى تدون فى مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم ، والبيانات التى تقدم لمصلحة الشهر العقارى أو لمصلحة البريد أو للمصالح الحكومية الاخرى وتدون فى أوراق رسمية .

والمشرع المغربى بعد أن نص فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة (447) على أن الاحكام المقررة فى المواد (443 الى 446) لا تطبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة . وأن كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر اليه الحق عنه او ممن ينوب عنه ، جاء فى الفقرة الثالثة ينص على أنــه :

« وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه ، موظف رسمى مختص ، فى الشكل الذى يجعلها حجة فى الاثبات ، وكذلك فى اقوال الخصوم الواردة فى محرر أو فى حكم قضائى صحيحين شكلا » .

ومن استعراض هذه الفقرة يتضح أن المشرع المغربى يجعل من بين الحالات التى تعتبر فيها الكتابة الصادرة من الخصم بداية حجة بالكتابة وهى كل حجة يحررها موظف رسمى مختص فى الشكل الذى يجعلها حجة فى الاثبات بناء على طلب الخصم . وكذلك الاقوال الصادرة من الخصوم والواردة فى محرر أو فى حكم قضائى .

وكون هذا الركن الاول ــ وجود ورقة مكتوبة ــ قد توافر فى مبــدأ الثبوت بالكتابة او لم يتوافر مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقــض .

الشرط الثانى : ان تكون الكتابة صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر اليه الحق أو ممن ينوب عنه ، تنص على هذا الشرط الفقرة الثانية من المادة (447) التى جاءت تقضى بأنه « وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنـــــه » .

فيجب لاعتبار الورقة بداية حجة بالكتابة ان تكون صادرة من الخصم المدعى عليه . وتعتبر الورقة صادرة من المدعى عليه اذا صدرت كذلك من مستخلف يكون المدعى عليه خلفا عاما له كالمورث ، أو صدرت من نائب ينوب عن المدعى عليه نيابة قانونية كالوصى والقيم والحارس ، أو نيابــة اتفاقية كالوكيل ، بشرط أن يعمل النائب فى حدود نيابته . فاذا لم يكن الشخص مستخلفا للمدعى عليه أو نائبا عنه فلا تعتبر الكتابة الصادرة منه بدايـــة حجة بالكتابة ، أيا كانت العلاقة التى تربطه بالمدعى عليه ، فعلاقة البنوة ورابطة الزوجية والشركة فى ملك شائع أو فى ميراث واتحاد المصلحة فى احدى القضايا ، كل هذا لا يعدل بذاته علاقة النيابة فى ذلك الخصوص .

وتعتبر الورقة صادرة من المدعى عليه اذا كانت موقعة منه أو ممن يمثله ، أو كانت بخطه أو بخط من يمثله ، اذ فى هذه الحالة يتأكد صدورها منه رغم عدم التوقيع . وهناك ورقة تعتبر صادرة من المدعى عليه رغــم كونها غير موقعة منه ولا ممن يمثله ، ولا هى بخطه ولا بخط من يمثله ، وهى الورقة الرسمية التى يرد فيها أقوال صدرت منه ، فأقوال الخصوم التى تدون فى أوراق رسمية بواسطة الموظفين المختصين ، تعتبر صادرة منهم ولو لم تكن بخطهم أو موقعة منهم ، فاذا كانت هذه الاقوال واردة فى محرر أو فى حكم قضائى صحيحين شكلا فانها تعتبر بداية حجة بالكتابة .

المطلب الثاني
فقد السند الكتابي

من الحالات التى تعتبر استثناء من القاعدة العامة للبينة بالشهادة حالة فقد السند الكتابى ، وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الاولى من المادة (448) من قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بانه :

« استثناء من الاحكام السابقة يقبل الاثبات بشهادة الشهود :

1 — فى كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذى يتضمن الدليل الكتابى لالتزام له أو للتحلل من التزام عليه ، نتيجة حادث فجائى أو قوة قاهرة أو سرقة . وتخضع الاوراق النقدية والسندات لحاملها لاحكام خاصة . . »

ومضمون هذه الحالة التى اعتبرها المشرع استثناء من القاعدة الاساسية لنصاب الشهادة أن الخصم قد حصل على الدليل الكتابى الذى يقضى به القانون ، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقده لسبب أجنبى لا يدله فيه . فضرورة الاستثناء فى هذه الحالة جلية واضحة ، اذ ان الدليل الكتابى قد وجد فعلا ولكنه ضاع بغير تقصير من حامله . لذلك يجوز عندئذ أن تحل الشهادة محل الدليل الكتابى لاثبات ما تزيد قيمته على 250 درهم ولاثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

والواقع أن المدعى الذى فقد السند المثبت لحقه غير ملوم ، فهو لا يلام على قعوده عن اعداد الدليل الكتابى لانه قد أعده ، ولا يلام كذلك على عدم تقديم هذا الدليل لانه قد فقده بسبب لا يدله فيه .

ومن نص الفقرة الاولى من نص المادة (448) يتضح أنه يلزم على المدعى الذى فقد سنده الكتابى أن يقيم الدليل على هذا الفقد ، ويتعين عليه فى هذه الحالة أن يثبت أمرين :

أولا : سبق وجود السند الكتابى .
ثانيا : فقد هذا السند بسبب أجنبى لا يدله فيه .

فاذا توصل المدعى الى اثبات هذين الامرين ساغ له ان يثبت ما يدعيه بشهادة الشهود ، ولو تجاوزت قيمة المدعى فيه 250 درهم .

المطلـــب الثالــث

المانــع مــن الحصــول علــى دليــل كتــابــى

نصت الفقرة الثانية من المادة (448) من قانون الالتزامات والعقود على هذه القاعدة ، فجاءت تقضى بأنــه :

« استثناء من الاحكام السابقة يقبــل الاثبات بشهادة الشهود . . .

2 ــ اذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابى لاثبات الالتزام ، كالحالــة التى تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة التى يراد فيها اثبات وقوع غلط مادى فى كتابة الحجة أو حالــة الوقائع المكونة للاكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التى تعيب الفعل القانونى وكذلك الامر بين التجار فيما يخص الصفقات التى لم تجــر العادة بتطلب الدليل الكتابى لاثباتها .

تقدير الحالات التى يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليــل الكتابى موكول لحكمة القاضــى » .

ومن هذا النص يتضح أن القانون حينما يوجب الكتابة فى الاثبات ، انما يفترض امكان الحصول على دليل كتابى . فاذا كانت هناك ظروف تحول دون ذلك ، فان الشهادة تجوز فى الاثبات نزولا على ما يقتضيــه العقل وتوجبه العدالة ، وما كان للقانون أن يكلف أحدا بالمستحيل .

فقد يوجد لدى المتعاقد مانع يمنعه وقت التعاقد من الحصول علــى كتابة مثبتة حقه دون أن يكون فى ذلك تقصير من جانبه ، فلا يكون من العدل مؤاخذته على عدم الحصول على الكتابة وحرمانه من اثبات حقه بالشهادة .

والحقيقة أن المشرع المغربى لم يهدف من وراء ذكر بعض الحالات التى يتعذر فيها على الدائن الحصول على دليل كتابى لاثبات الالتزام « كالحالة التى تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة

التى يراد فيها اثبات وقوع غلط مادى فى كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للاكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التى تعيب الفعل القانونى » الا تقريب معنى المانع المادى من الذهن ، فهذه الحالات لم يذكرها المشرع المغربى على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل فقط . ويتضح هذا جليا من الصياغة التى وردت بها الفقرة الثانية من نص المادة (448) .

كما أن المشرع المغربى هدف من وراء ذكر بعض الحالات كأمثلة للمانع من الحصول على الدليل الكتابى الى عدم اعطاء حرية واسعة للقضاء فى التقدير حسبما يرى من ظروف كل تعاقد ، وذلك لانه لا يصح التساهل فى هذا التقدير لان ذلك استثناء من قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة ، والاستثناء لا يجوز مطلقا التوسع فيه . فكان المشرع موفقا من حيث ايراد بعض الضوابط لتقريب معنى المانع المادى من الذهن .

المطلب الرابع

التصرفات القانونية التجارية

بينما الاصل فى المواد المدنية هو تقييد الاثبات ، نجد الاصل فى المواد التجارية هو حرية الاثبات . فالشهادة تجوز فى اثبات المسائل التجارية أيا كانت قيمة الالتزام . والحكمة فى هذه الاباحة هى ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة وبساطة ، الامر الذى يتنافى مع اشتراط كتابة فى الاثبات تكون مدعاة للبطء والتعقيد . فالتاجر تفرض عليه ظروفه أن يبرم عمليات كثيرة فى وقت قصير ، والا تعذر عليه أن يحقق الفائدة المرجوة من عمله .

ومن هذا يبين لنا أن العلة فى جواز الاثبات بالشهادة اطلاقا فى المسائل التجارية ترجع الى أن السرعة والثقة من روح التجارة ، واشتراط الحصول على كتابة مثبتة للتعاقد يعطلها ، فتقررت حرية الاثبات بشهادة الشهود فى كل الاحوال مهما كانت قيمة الدعوى كنتيجة للثقة بين التجار وضمانا لعدم

تعطيل اعمالهم . وجواز الاثبات بالشهادة لا يمنع جوازه بالكتابة ، ذلــك أن جواز الاثبات بالشهادة فى المواد التجارية ليس معناه عدم جواز اثباتها بالكتابة . انما معناه فقط أنهم لا يكلفون بالحصول على كتابة مقدما . فاذا وجدت كتابة جاز تقديمها لاثبات ما بها ، بل من مصلحة الدعوى تقديمها لانها أدق فى الاثبات من شهادة الشهود وأسرع فى الوصول الى الحكم . ثم أن حرية الاثبات بالشهادة مقررة لمصلحة المشتغلين بالتجارة فلهم أن يتنازلوا عن هذه الحقــوق ويشترطوا فيما بينهم عدم جــواز الاثبات الا بالكتــابـــة .

وحيث أنه لا يفترض فى الشخص أنـــه تاجر ، فالقاعدة أن عبء اثبات صفة التاجر يقع على عاتق من يدعى لنفسه او على غيره هذه الصفة . ولما كانت صفة التاجر تلحق بالشخص متى توافرت فيه شروط اكتساب هذه الصفة ، كان الطريق لاثبات صفة التاجر هو اثبات توافر الشــروط اللازمة لاعتبار الشخص تاجرا ، وذلك باثبات قيامه بأعمال تجارية باسمه وعلى وجه الاحتراف ، أو باثبات استغلاله مشروعا تجاريا ، ويجوز الاثبات بكافة طرق الاثبات لان اثبات مزاولة الحرفة ــ تجارية أو مدنية ــ أو استغلال مشروع تجارى أمر يقتضى اثبات وقائع مادية ، واثبات الوقائع المادية جائز بكل طرق الاثبات ، فيجوز اثباتها بالشهادة والقرائن .

الفصل الثالث

القرائن

تعريف :

القرينة هى ما يستنبطه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول . وهى كما عرفتها المادة (449) من قانون الالتزامات والعقود :

« دلائل يستخلص منها القانون أو القاضى وجود وقائع مجهولة » .

وقد جاءت هذه المادة مطابقة للمادة (1349) من القانون المدنى الفرنسى التى عرفت القرائن بوجه عام بأنها :

« النتائج التى يستخلصها القانون أو القاضى من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة » .

فالقرائن اذن أدلة غير مباشرة اذ لا يقع الاثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى اذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد اثباتها .

والقرائن نوعان : نوع يستنبطه قاضى الموضوع من وقائع الدعوى المعروضة عليه ، ويعتبر استنتاجات فردية فى حالات خاصة . ونوع يستنبطه المشرع نفسه مما يغلب وقوعه عملا فى طائفة معينة من الحالات ، فيبنى عليه قاعدة عامة ينص عليها فى صيغة مجردة .

والنوع الاول هو القرائن القضائية

(Présomptions de fait) — (Présemptions judiciaires)

والنوع الثانى هو القرائن القانونية

(Présomptions légales — (Présomptions de droit)

من كل هذا يبدو لنا أن القرائن نوعان :

ــ قرائن قضائية وهى التى يستنبطها القاضى من ظروف الدعوى ، وهى التى يسميها المشرع المغربى بالقرائن التى لم يقررها القانون .

ــ وقرائن قانونية وهى التى يستخلصها المشرع من حالات يغلب وقوعها وينص عليها وهى التى سماها المشرع المغربى بالقرائن المقررة بمقتضى القانون .

وقد وردت احكام القرائن فى الفرع الرابع من القسم السابع المخصص لاثبات الالتزامات واثبات البراءة منها وذلك فى المواد (449 ــ 459) .

المبحث الاول

القرائن القانونية

نقسم بحثنا للقرائن القانونية الى مطلبين نخصص الاول منها لالقاء نظرة عامة عن القرائن القانونية بوجه عام . ثم نخصص المطلب الثانى لبحث القرينة القانونية القاطعة التى تكفل المشرع ببحث احكامها بتفصيل وهى قرينة حجية الامر المقضى .

ومن كل هذا يرتسم امامنا منهاج بحثنا للقرائن القانونية :

فندرس فى المطلب الاول : الاحكام العامة للقرائن القانونية .

وندرس فى المطلب الثانى : حجية الامر المقضى .

المطلب الاول

احكام عامة

نخصص هذا المطلب للتعريف بالقرائن القانونية ، وبيان حجيتها فى الاثبات ، ثم عرض انواع القرائن القانونية .

التعريف بالقرائن القانونية

اولا : نصت المادة (450) من قانون الالتزامات والعقود على أن :

« القرينة القانونية هى التى يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلى :

1 — التصرفات التى يقضى القانون ببطلانها بالنظر الى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لاحكامه .

2 — الحالات التى ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالتقادم .

3 — الحجية التى يمنحها القانون للشىء المقضى » .

ومن هذا النص يتضح أن القرينة القانونية هى ما يستنبطه المشرع من واقعة معلومة يحددها للدلالة على أمر مجهول ينص عليه فهى كالقرينة القضائية تقوم على فكرة الاحتمال والترجيح ، بل الغالب أن تكون فى الاصل قرينة قضائية ثم نص عليها المشرع .

غير أن القرينة القانونية تنطوى على خطورة لا توجد بالنسبة الى الاخرى ، ذلك أن المشرع هو الذى يقوم باستنباط الاولى فينص عليها فى صيغة عامة مجردة ، فتصبح قاعدة تنطبق على جميع الحالات المماثلة حتى لو بدت مغايرتها لحقيقة الواقع فى بعض هذه الحالات (1) .

فمن يريد أن يستفيذ من حكم قرينة قانونية فليس عليه الا أن يقيم الدليل على توافر الواقعة التى يشترط القانون قيامها لانطباق حكم هذه القرينة . وقد جاءت المادة (453) من قانون الالتزامات والعقود تقضى بأنه : « القرينة القانونية تعفى من تقررت لمصلحته من كل اثبات . ولا يقبل أى اثبات يخالف القرينة القانونية » .

---

(1) الاثبات فى المواد المدنية — عبد المنعم فرج الصدة — صفحة 293 نبذة 224 .

ثانيــا : ليس للقاضى حق التصرف فى القرائن القانونية ولو اعتقد عدم صحتها ، وذلك لانها تقررت بنص القانون وهو لا يقول فى حكمه أنه حكم بناء على قرينة كذا ، وانما بناء على المادة كذا ، ويكفى لمن كانــت القرينة فى مصلحته أن يتمسك بالمادة التى نصت عليها . ولذلك يصح القول بأن القرائن القانونية ليست وسائل اثبات وانما تعفى من تقررت لمصلحته من كل اثبات أى أنها تغنى عن الاثبات .

ثالثــا : بما أن الاصل فى كل دليل أن للقاضى الحق فى تقديره الا مــا استثنى ، فلا قرينة قانونية الا بنص ، لانه لا استثناء بغير نص ، ولذلك لا يجوز التوسع فى القرينة القانونية ولا القياس عليها ، لان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليــــه .

فعنصر القرينة القانونية اذن هو نص القانون ، ولا شىء غير ذلك ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون . واذا وجد النص ، فقامت القرينة القانونية ، فانه لا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص ، اعتمادا على المماثلة أو الاولوية . بل لا بد من نص خاص أو مجموع من النصوص لكل قرينة قانونية .

فالحقيقة القضائية هنا هى من عمل القانون وحده يفرضها علــى القاضى وعلى الخصوم ، وذلك على خلاف الحقيقة القضائية المستمدة من القرينة القضائية فهــى من عمل القاضى .

ومن هنا تتبين خطورة القرائن القانونية ، فهى وان كانت تقوم على فكرة ما هو راجح الوقوع ، يقيمها القانون مقدما ، ويعممها ، دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التى تطبق فيها كما هو الامر فى القرائن القضائية ومن ثم تتخلف حالات ـــ تتفاوت قلة وكثرة ـــ لا تستقيم فيها القرينـــــة القـــانـــونيــــة (1) .

ويهدف الشارع فى نصه على القرائن القانونية التى يكون لها هـــذا الاثر فى نظام الاثبات الى أغراض مختلفة ، ترجع فى مجموعها الى حرمـــه

---

1) السنهورى ـــ الوسيط الجزء الثانى ـــ صفحة 601 .

على تحقيق مصلحة عامة ، أو حماية مصلحة خاصة تقتضى ظروف صاحبها أن تكون محل رعاية من جانب القانـــون .

رابعـــا : قـــد يكون غرض المشرع من النص على القرينة هو تحقيق مصلحة عامة ، كما هى الحال فى حجية الامر المقضى (المواد 450 ـــ 452) فبمقتضى هذه الحجية يعتبر الحكم الحائز لقوة الامر المقضى عنوانا للحقيقة ، قرينة على صحة ما فصل فيه ، فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ، لان الصالح العام يقتضى أن تتوفر الثقة فى أحكام القضاء وأن يوضع حد للخصومة بشأن موضوع معين .

خامســـا : قـــد يـــرى المشرع أن الاثبات يتعذر فى بعض الحالات الى درجة كبيرة ، فيقيم قرينة يخفف بها عبء الاثبات عن المدعى . مثل ذلك أن مسؤولية المكلف بالرقابة عن الضرر الذى يحدثه من هو تحت رقابته تقوم على خطأ مفترض فى القيام بواجب الرقابة ، فقد رأى المشرع أن المضرور يصعب عليه اثبات هذا الخطأ فى أغلب الحالات فجعل قيـــام الالتزام بالرقابة قرينة على خطأ متولى هذه الرقابة (المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود) .

سادســـا : قـــد يستخلص المشرع القرينة مـــن أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم فى التعامل ، فمثلا جعل المشرع ارجاع الدائن اختيارا الى المدين السند الاصلى قرينة على حصول الابراء من الدين (المـــادة 341 من قانون الالتزامات والعقود الفقرة الثالثة) لان المألوف عـــادة بين الناس أن الدائن لا يسلم للمدين السند الاصلى للدين الا اذا قـــام المدين بالوفـــاء .

وقد تستخدم القرينة لاغراض تشريعية ، اذ يجعل منها المشرع أساسا لقاعدة موضوعية ينص عليها ، فتساهم بذلك فى عمل القاعدة القانونية . وفى هذه الحالة تكون القرينة مستوردة ، فلا تكون موضوع النص ، وانمـــا تكمن فقط فى الدوافع التى أدت الى ســـن القاعدة (1) .

---

(1) عبد المنعم فرج الصدة الاثبات فى المواد المدنية ـــ صفحة 296

وقد يستخدم المشرع القرينة لاغراض قضائية ، فنكون بصدد قرينة قانونية اى قاعدة من قواعد الاثبات . وفى هذه الحالة يكون دور القرينة ظاهرا ، اذ تكون القرينة موضوع النص القانونى .

وقد يستخدم القاضى القرينة لاغراض قضائية ، فتكون حينئذ قرينة قضائية اى طريقا للاثبات يتخذه المتقاضون لاقناع القاضى بصحة ما يدعون بـه .

حجيـة القرينـة القانونيـة فى الاثبـات :

بينا ان القرينة القانونية تنقل محل الاثبات من الواقعة المراد اثباتها الى واقعة اخرى متصلة او مجاورة يحددها المشرع . فتكون هذه الواقعة الاخيرة هى أساس القرينة التى يشترط القانون قيامها لانطباق حكم القرينة . وبذلك يتعين ثبوتها اولا حتى يجرى هذا الحكم . فيكون على من يتمسك بقرينة قانونية أن يقيم الدليل على أن هذه الواقعة قد توفرت له بشروطها القانونية وللخصم الذى يحتج عليه بالقرينة أن ينازع فى توافر الشروط التى يتطلبها القانون لقيامها وأن يدحض ما يقدمه خصمه من أدلة على ذلك . وتوافر شروط انطباق القرينة القانونية مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض .

فاذا ثبت قيام الواقعة أساس القرينة القانونية تعين على القاضى أن يأخذ بحكم القرينة فيجعلها أساسا لحكمه ، حتى لو بدا له عدم مطابقتها للواقع فى القضية المعروضة ، والا كان حكمه قابلا للنقض . فالدلالة التى تنطوى عليها القرينة يفرضها القانون ، وليس للقاضى سلطة تقدير مدى مطابقتها لحقيقة الواقع .

على أن الخصم الذى يحتج عليه بقرينة قانونية يجوز له أن ينقضها باثبات العكس باستثناء القرائن القانونية القاطعة المنصوص عليها فى المادة (450) .

ولا يقصد بجواز نقض القرينة أن يكون للخصم أن يناقش الاستنباط الذى قام به المشرع ليبين عدم سلامته ، فلا يحق له ذلك ، لان فيه اعتراضا على القاعدة ذاتها ، وهو أمر لا يسوغ ، انما المقصود أن للخصم أن يقيم الدليل على أن الاحتمال الذى تقول به القرينة لا يطابق الواقع فى الحالة المعروضة ، فمثلا فى قرينة خطأ المسؤولين عن رقابة من هم تحت اشرافهم (المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود) يمكنهم دحض هذه القرينة باثبات أنهم قاموا بواجب الرقابة وأنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذى صدر ممن هو تحت رقابتهم والذى ادى الى الاضرار بالغير . ونقض القرينة القانونية يجوز بجميع طرق الاثبات حتى لو كانت بصدد تصرف تزيد قيمته على 250 درهم . وواضح أن اثبات عكس القرينة ممكن بالكتابة والاقرار واليمين ، لان هذه الطرق تجوز فى الاثبات فى جميع الحالات . وهو ممكن كذلك بالشهادة والقرائن القضائية ، لان القرينة تنقض بقرينة مثلها . ومتى جاز الاثبات بالقرائن جاز الاثبات كذلك بالشهادة .

وجواز نقض القرينة بجميع الطرق مسالة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض .

انواع القرائن القانونية :

سبق لنا الكلام على أن القرينة القانونية هى اعفاء من الاثبات فالخصم الذى تقوم القرينة القانونية لصالحه معفى من اثبات الواقعة التى يستخلصها القانون من هذه القرينة . ولكن لما كان الاصل هو أن كل دليل يقبل اثبات العكس ، فالدليل الكتابى يقبل اثبات العكس بدليل كتابى مثله ، والشهادة تقبل اثبات العكس بشهادة مثلها أو بدليل كتابى . والقرائن القضائية تقبل اثبات العكس بقرائن مثلها أو بشهادة أو بدليل كتابى أو بأى طريق آخر من طرق الاثبات (المادة 454 من قانون الالتزامات والعقود) ، وذلك كله وفقا لمبدأ أساسى فى الاثبات هو حرية الدفاع . وان هذا يؤدى بنا الى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية — وقد أثبتت واقعة معينة — تقبل فى الاصل اثبات عكس هذه الواقعة . واذا كان الدليل الكتابى والشهادة —

وهما يثبتان الواقعة بطريق مباشر ـــ يقبلان اثبات العكس ، فأولى بالقرينة القانونية ـــ وهى تقتصر على الاعفاء من الاثبات ـــ أن تقبل هى الاخرى اثبات العكس . ومعنى اثبات العكس هنا هو اثباته فى الحالة الخاصة التى يكون النزاع بصددها ، والا فانه لا يجوز اثبات عكس القرينة فى عمومها ، وبوصفها قاعدة تشريعية ، فان هذا الاثبات معناه الغاء التشريع ذاته الذى أقام القرينة القانونية ، ولا يلغى التشريع الا بتشريع مثله .

ويتبين من هذا أن الاصل فى القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة ، أى أنها تقبل اثبات العكس . فاذا هى لم تقبل اثبات العكس فذلك هو الاستثناء .

وقد سبقت لنا الاشارة الى أن المشرع المغربى يعتبر أن الاصل فى القرينة القانونية أن تكون قاطعة اى أنها لا تقبل أى اثبات يخالفها (الفقرة الثانية من المادة 453) وأن الاستثناء هو أن تكون القرينة غير قاطعة أى يجوز اثبات ما يخالفها وذلك بنصوص خاصة .

والسؤال الذى يتبادر الى الذهن هو متى تعتبر القرينة القانونية قاطعة ، ومتى تعتبر غير قاطعة ؟

أولا : القرينة القانونية القاطعة :

نصت المادة (450) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« القرينة القانونية هى التى يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلى :

1 ـــ التصرفات التى يقضى القانون ببطلانها بالنظر الى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لاحكامه .

2 ـــ الحالات التى ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالتقادم .

3 ـــ الحجية التى يمنحها القانون للشىء المقضى » .

وتنص المادة (453) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « القرينة القانونية تعفى من تقررت لمصلحته من كل اثبات . ولا يقبل اى اثبات يخالف القرينة القانونية » .

ومن هذين النصين يتضح أن القرائن القانونية القاطعة وهى الواردة على سبيل الحصر فى المادة (450) هى التى لا تقبل اثبات ما ينقضهـــا . أى أن الخصم لا يمكنه أن يثبت ما يخالفها . وقد قيل فى هذا الصدد ان القاعدة فى القرينة أن تقبل اثبات العكس ، ولكن الشارع قد يرى اعطاء القرينة قوة أكبر ، وذلك لاعتبارات اساسية تتعلق بالنظام العام ، وتجعل من الخطر اباحة مناقشتها فيحرم اثبات العكس (1) .

ثانيـا : القرينـة القانونيـة غيـر القاطعـة :

القرينة القانونية غير القاطعة أو البسيطة هى التى يجوز نقضهــا بالدليل العكسى ، وهى تعفى من تقررت القرينة لمصلحته من الاثبات اعفاء تاما ، ولا تقتصر على نقل عبء الاثبات الى خصمه شأنها فى ذلــك شأن القرينة القانونية القاطعة .

وقد قسم الفقيه ديكوتينيس (2) القرائن القانونية غيـــر القاطعـــة الـــــى :

1) قرائن تقوم على افتراض أولى يضعه المشرع ليصل منه الـــى تطبيق قاعدة قانونية فييسر من أعمال هذه القاعدة ، كافتراض أن الاصل فى الملك الا يكون مثقلا بحق للغير ، وأن الاصل فى المتهم البراءة ، وأن الولد للفراش ، وأن أعمال التاجر تعد فى الاصل أعمالا تجارية ، وأن حســن النيـــة مفروض فى الحيـــازة .

2) وقرائن مستقلة عن تطبيق قاعدة قانونية تقوم على فكرة الراجح الغالب الوقوع ، وقد ارتفع بها المشرع من مرتبة القرينة القضائية الى مرتبة

---

1) عبد المنعم فرج الصدة ــ الاثبات فى المواد المدنية ــ صفحة 305 ــ
2) *هامش رقم 2 الوسيط السنهورى الجزء الثانى صفحة 624 (عن ديكو تينيس فى القرائــن فى القانون الخاص صفحة 186 ــ صفحة 211)

القرينة القانونية حتى يلزم بها القاضى والخصوع ، فيجعلها بمنأى عن النزاع والجدل ، ويقتصد فيما يبذل من جهد فى الاثبات ، وذلك كافتراض العلم بالتعبير عن الارادة بمجرد وصول التعبير الى من وجه اليه ، وافتراض الوفاء بقسط الاجرة السابق اذا أثبت المستأجر أنه دفع القسط اللاحق .

ومثال القرينة القانونية البسيطة أو غير القاطعة ما نصت عليه المادة (63) من قانون الالتزامات والعقود من أنه يفترض فى كل التزام ان له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر . فهنا أعفى القانون الدائن من اثبات أن للالتزام الذى يطالب به المدين سبب ، وأن هذا السبب مشروع ، مع أن السبب ركن من أركان العقد واشتراط المشروعية شرط من شروط اعتداد المشرع بالسبب ، وكان ينبغى أن يقوم الدائن باثباته . وليس الامر هنا هو نقل عبء الاثبات الى عاتق المدين بل ان الدائن — وقد أعفى من الاثبات — يعتبر أنه قدم اثباتا كاملا على وجود السبب ومشروعيته . والخصم اذا قدم دليلا كتابيا أو شهادة على ما يدعيه فانه يكون قد قدم دليلا كاملا ، ولكن هذا لا يمنع خصمه من أن يقدم دليلا ينقض دليله ، فالدليل العكسى فى القرينة غير القاطعة ليس نتيجة لنقل عبء الاثبات الى الخصم الآخر ، بل هو تطبيق لاصل من أصول الاثبات يقضى بمقارعة الدليل بالدليل .

المطلب الثانى

حجية الامر المقضى

التعريف بقاعدة حجية الامر المقضى :

ا) ان تعبير « حجية الامر المقضى » أو « قوة الشىء المحكوم فيه » أو « المقضية المبرمة »(La chose jugée)يدل فى اللغة القانونية على أمر فصل فيه بحكم قضائى .

فالاحكام التى يصدرها القضاء تكون حجة بما فصلت فيه بمعنى أن ما جاء فى هذه الاحكام يعتبر مطابقا للحقيقة . ويترتب على هذه القاعدة أن

الخصوم يمتنع عليهم أن يعاودا الالتجاء الى القضاء فى شأن نزاع سبق الفصل فيـــه [1] .

فاذا رفع أحد الخصوم دعوى جديدة تتعلق بهذا النزاع كان للخصم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بحجية الامر المقضى ، اى بسبق الفصـــــل فيهـــــا .

فالقضاء سيف فى يد المجتمع وجد لانهاء الخصومات وسد منافذها ، لا لاثارتها وتحريك نيرانها دوما . فاذا فصل فى دعوى واكتسب الحكم فيها قوة الشىء المحكوم فيه نهائيا ، فلا يجوز سماع الدعوى ثانية من أجـــل الفعل نفسه . وهم يعللون عدم اجازة النظر ثانية فى قضية بت فيها بـــأن المفروض فى الحكم الاول أنه الحكم العادل والقول الفصل ، وهـــذا راى الفقهاء الرومان قديماrex judicala provérilate habiturفحجية الامر المقضى يتمسك بها الخصم حينما يكون هناك أمر فصل فيه ، ثم عاود الخصم الآخر المنازعة فى هذا الامر ، سواء كان ذلك بدعوى مبتداة أو بدفع عند الاحتجاج عليه بما قضى به أثناء نظر قضية اخرى .

والدفع بهذه الحجية دفع بعدم القبول يمتنع معه على القاضـــى ان ينظر فى النزاع اذا كان موجها ضد دعوى سبق الفصل فيها ويكون مؤديا الى الرفض اذا استخدم ضد ادعاء محل دعوى أخرى تختلف عن الاولى .

ولا يقتصر أثر هذه الحجية على واحد من الطرفين فى الدعوى الاولى وانما هى تفرض عليهما معا ، يستوى فى ذلك من خسر الدعوى ومن كسبها فيمتنع على كل منهما ان ينازع مرة أخرى فيما سبق الفصل فيه .

والواقع أن قانون الالتزامات والعقود المغربى شأنه فى ذلك شـــأن القانون المدنى الفرنسى والتقنينات المدنية الحديثة قد خرج بحجية الامـــر المقضى عن أن تكون قاعدة موضوعية الى جعلها قرينة قانونية . وهى قرينة

---

1) ليس للمحكمة الابتدائية ولا لمحكمة الاستئناف الحق فى قبول دعوى رفضت بحكم حاز قوة الشىء المقضى بـــه .
(المجلس الأعلى — الحكم رقم 35 تاريخ 17 — 6 — 1958 — مجلة القضاء والقانون عدد 17 صفحة 612) .

قانونية قاطعة لان المشرع نص صراحة على عدم جواز قبول دليل ينقض هذه القرينة (المادة 453) .

ويذكر بعض الفقهاء فى هذا المعنى بأن هذه القرينة القانونية تستر فى الحقيقة قاعدة موضوعية ، ولا تقوم الحجية النسبية للحكم على أساس قرينة تفيد أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، والا لكان عنوان الحقيقة بالنسبة الى الجميع . ولكن الحجية النسبية تقوم على الاعتبار الآتى : لما كان القاضى محايدا وكان الخصوم هم الذين يقدمون الادلة ، فالحقيقة القضائية مرهونة بما يقدمون من ذلك ، ومن أجل هذا كان الحكم حجة عليهم هم دون غيرهم (1) .

وجوب التمييز بين حجية الامر المقضى وبين قوة الامر المقضى :

يجب التمييز بين حجية الامر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الامر المقضى (force de la chose jugée) فحجية الامر المقضى معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة الى ذات الحق محلا وسببا . فيكون الحكم حجة فى هذه الحدود ، حجة لا تقبل الدحض ولا تتزحزح الا بطريق من طرق الطعن فى الحكم . وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعى ، أى لكل حكم موضوعى يفصل فى خصومة سواء كان هذا الحكم نهائيا أو ابتدائيا، حضوريا أو غيابيا. وتبقى للحكم حجيته الى أن يزول، فان كان غيابيا حتى يزول بالغائه فى المعارضة ، وان كان ابتدائيا حتى يزول بالغائه فى الاستئناف ، وان كان نهائيا حتى يزول بنقضه أو بقبول التماس اعادة النظر فيه .

ولحجية الامر المقضى معنى آخر وهو قابلية الحكم للتنفيذ الى أن يطعن فيه . ذلك أن الاحكام فى القانون الفرنسى تكون قابلة للتنفيذ الى أن يطعن فيها . فالذى يوقف تنفيذها ليس هو ميعاد الطعن بل هو الطعن ذاته (2) .

---

1) بلانيول وريبير وجابولد الجزء السابع نبذة رقم 1556 صفحة 1023 ، بيد ان وبرو الجزء التاسع نبذة رقم 1337 و 1338 .

2) الوسيط الجزء الثانى صفحة 632 — السنهورى عن دى باج الجزء الثالث نبذة رقم 940 صفحة 937 و 938 .

ويقول دى باج (1) فى موضع آخر ان الحكم القابل للطعن فيه تكون له حجية الامر المقضى بالمعنيين ، فهو حجة على الخصوم وقابل للتنفيذ . فاذا ما طعن فيه فعلا ، زال المعنى الثانى — القابلية للتنفيذ — وبقى المعنى الاول اذ يكون حجة على الخصوم الى ان يؤدى الطعن الى الغائه .

أما قوة الامر المقضى فهى مرتبة يصل اليها الحكم اذا أصبح نهائيا غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف اى غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية وان ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادى .

ويجب التمييز فى كثير من العناية بين حجية الامر المقضى وقوة الامر المقضى . فكثيرا ما يقع الخلط بينهما فى الفقه والقضاء والتشريع . ويذكر الاستاذ السنهوري (2) أن من أسباب هذا الخلط ما يرجع الى لغة القانون الفرنسي فالحكم القطعي (3) (définitif) يجوز الحجية (autorité) والحكم النهائي (4) (définitif) يحوز القوة (force) فوقع الخلط من استعمال لفظ (définitif) بمعنى القطعى والنهائى فى وقت واحد . أما فى لغتنا العربية يقول الاستاذ السنهورى فيسهل التمييز بين الحكم القطعى ويحوز الحجية دون القوة ، والحكم النهائى ويحوز الحجية والقوة معا .

فالحكم القطعى ، نهائيا كان أو ابتدائيا ، حضوريا أو غيابيا ، تثبت له حجية الامر المقضى ، لانه حكم قضائى فصل فى خصومة . ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الامر المقضى الا اذا أصبح نهائيا غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف بأن كان فى ذاته غير قابل للطعن . ففى جميع هذه الاحوال يكون الحكم نهائيا حائزا لقوة الامر المقضى ، ولو كان قابلا للطعن بطريق غير اعتيادى . أما اذا كان الحكم قابلا للمعارضة أو للاستئناف فانه لا يحوز

---

1) السنهورى عن دى باج صفحة 940 و 942 .
2) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثالث صفحة 642 .
3) الحكم القطعى هو الذى يحسم النزاع فى الخصومة كلها او فى شق منها .
4) الحكم النهائى هو الذى لا يقبل الطعن بالاستئناف ، اما لانه صدر انتهائيا من محكمة الدرجة الاولى او المحكمة الاستئنافية واما لانه صدر ابتدائيا ولكن فات ميعاد استئنافه فصار نهائيا ، ولا ينفى كون الحكم انتهائيا ان يكون غيابيا ، فيكون قابلا للطعن فيه بالمعارضة دون الاستئناف . ومن ناحية اخرى يعتبر الحكم انتهائيا ولو كان قابلا للطعن بالنقض او التماس اعادة النظر ، لان هذين طريقان غير عاديين للطعن لا يحولان دون وصف الحكم بالانتهائية.

قوة الامر المقضى ولكن تكون له حجية الامر المقضى ، وتبقى هذه الحجية قائمة ما دام الحكم قائما حتى لو طعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف .

فاذا الغى نتيجة للطعن زال وزالت معه حجيته ، اما اذا تأيد ، ولم يعد قابلا لا للمعارضة ولا للاستئناف بقيت له حجية الامر المقضى وانضافت لها قوة الامر المقضى . ومن ثم يتبين ان كل حكم يحوز قوة الامر المقضى يكون حتما حائزا لحجية الامر المقضى ، والعكس غير صحيح . ويتبين كذلك أن الحكم القطعى فى أدنى مراتبه ـ وهى مرتبة الحكم الابتدائى الغيابى يكون :

أولا : له حجية الامر المقضى ، ولا تزول هذه الحجية الا بالغاء الحكم عن طريق الطعن فيه .

ثانيا : ليست له قوة الامر المقضى ، الى أن يصبح نهائيا فيحوز هذه القوة بالاضافة الى الحجية .

ثالثا : وحتى اذا وصل الى هذه المرتبة من القوة ، يبقى بالرغم من حيازته لحجية الامر المقضى ولقوة الامر المقضى ، معرضا للالغاء عن طريق طعن غير اعتيادى . فاذا لم يلغ أو فات الميعاد دون أن يطعن فيه ، أو كان منذ البداية غير قابل للطعن فيه بطريق غير اعتيادى ، استقرت له الحجية والقوة على وجه غير قابل للزوال.

الدفع بحجية الامر المقضى :

الدفع بحجية الامر المقضى ويقال له أيضا الدفع بسبق الفصل ، هو الصورة العملية لقاعدة حجية الامر المقضى اي الطريقة العملية لاعمال هذه القاعدة . فاذا رفع أحد الخصوم دعوى جديدة فى نزاع سبق الفصل فيه فانه يجوز للخصم الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، وهو دفع بعدم القبول يجوز ابداؤه فى اية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الاستئناف ، ولكن لا يجوز التمسك به لاول مرة أمام محكمة النقض .

ويترتب على هذا الدفع ان يمتنع القاضى عن النظر فى الدعوى الجديدة اى يحكم بعدم قبول الدعوى .

وقد قيل امعانا فى التمييز بين التمسك بحجية الامر المقضى والدفع بهذه الحجية ، ان لكل منهما شروطا تتميز عن شروط الآخر . فالشروط الواجب توافرها فى الحكم لتثبت له الحجية هى شروط التمسك بحجية الامر المقضى . أما شروط الدفع فهى الشروط الواجب توافرها فى الخصوم والمحل والسبب . وقيل أيضا ان هناك احكاما يمكن فيها التمسك بالحجية دون الدفع وهى الاحكام التى يقتصر فيها القاضى على أن يقرر ثبوت بعض الوقائع أو نفيها دون اصدار أمر الى الخصوم كالحكم بصحة التوقيع والحكم بصحة التعاقد ، وعلى العكس من ذلك هناك أحكام يمكن فيها استعمال الدفع دون التمسك بالحجية وهى الاحكام التى يقتصر فيها القاضى على اصدار أمر للخصوم دون أن يقرر شيئا من حيث ثبوت الوقائع المتنازع عليها أو نفيها ، كالحكم بتعيين خبير أو بالاحالة على التحقيق أو بفرض نفقة مؤقتة (1) .

حجية الامر المقضى فى المواد المدنية ليست من النظام العام :

النظام العام فكرة مرنة غير محدودة تتغير وفقا للزمان والمكان وتختلف تبعا للمذاهب والنظريات وتشكل حسب الغرض الذى من اجله يراد تحديدها . ففكرة النظام العام التى يعول عليها فى التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة مثلا تختلف عن التى يلجأ اليها فى حل تنازع القوانين من حيث الزمان ، وتختلف كلتاهما عن فكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص ، كما أن كلا من هذه الافكار تغاير فكرة النظام العام التى تعين القوانين التى لا يجوز الاعتذار بجهلها .

ومن المسلم أنه لا يكفى فى القواعد والنظم ان تكون موضوعة للصالح العام حتى تعتبر متعلقة بالنظام العام . فالتقادم مثلا وتعدد درجات التقاضى

---

1) السنهورى ، الوسيط الجزء الثالث صفحة 637 عن بيدان وبرو الجزء التاسع نبذة رقم 1336 .

لا نزاع فى أنهما يقومان على أساس من المصلحة العامة ، ولكن الاجماع على أنهما لا يتعلقان بالنظام العام فيجوز لصاحب الحق فى التمسك بهما أن ينزل عن هذا الحق دون أن يكون فى ذلك مساس بالنظام العام .

اما بالنسبة لحجية الامر المقضى وما يترتب عليها من جواز الدفع بسبق الفصل ، فيجب التفرقة فى هذا الشأن بين حجية الامر المقضى فيه جنائيا ، وحجية الشىء المقضى فيه مدنيا .

فالاولى تعتبر متعلقة بالنظام العام لا يجوز النزول عنها ويتعين على المحكمة مراعاتها من تلقاء نفسها لان توقيع العقوبات على المجرمين وتبرئة غيرهم يمس مصلحة المجتمع العليا ولا يجوز أن يكون محلا للمساومة بين الافراد . وقد زود المشرع المحاكم الجنائية بسلطة فى تحري الحقيقة أوسع كثيرا من سلطة المحاكم المدنية ، واعتبر ما تقرره الاولى من حقائق قضائية اقرب الى الحقائق الواقعة مما تقرره الثانية ، وجعل للاحكام الجنائية حجية مطلقة اى أنها تسرى قبل الكافة وألزم المحاكم المدنية أن تتقيد بما قضت به المحاكم الجنائية .

اما فى المواد المدنية فحجية الامر المقضى لا تتعلق بالنظام العام وذلك على الرغم من أنها تقوم على اعتبار يتصل بالصالح العام ، اذ الواقع أن النظام العام لا يضار من أن ينزل الخصم عن التمسك بالميزة التى خولها القانون اياها فى هذا الخصوص . ومقتضى هذا أنه يصح نزول الخصم صراحة أو ضمنا عن التمسك بهذه الحجية (1) . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بها من تلقاء نفسها ، ولا يجوز التمسك بها لاول مرة أمام محكمة النقض . وهذا الحل متفق عليه فى الفقه والقضاء الفرنسيين (2) وقد أخذ به قانون الالتزامات والعقود المغربى فى المادة 452 فقال : « ولا يسوغ للقاضى أن يأخذ بالدفع بحجية الامر المقضى من تلقاء نفسه » .

---

1) يستفاد النزول الضمنى من سكوت الخصم حين نظر الدعوى الجديدة عن الدفع بحجية الحكم السابق .

2) دى باج ، الجزء الثالث نبذة رقم 942 ، بلانيول وريبير وجابولد ، الجزء السابع نبذة رقم 1552 ، أو برى ورو ، الجزء 12 صفحة 457 ، كولان وكابيتان ودى لامور انديير ، الجزء الثانى نبذة رقم 786 .

من كل هذا يتضح ان المصلحة العامة تقضى بأن تعتبر الاحكام عنوانا للحقيقة والا يثار النزاع من جديد فيما فصل فيه نهائيا من الدعاوى ، وأن يكون للاحكام حرمتها واحترامها ، والقول بخلاف ذلك معناه أنه لا ينضب معين النزاع بين الافراد . وفى هذا من العبث بالاحكام ما لا يخفى ، فضلا عما يترتب عليه من تناقض الاحكام وكثرة المصاريف واطالة أمد النزاع وانعدام وسائل الاثبات مع الزمن تلك الوسائل التى اعتمد عليها فى تقرير الحقوق .

فالدعامة التى ترتكز عليها قاعدة حجية الامر المقضى هى أن الاحكام عنوان الحقيقة ورمز الصواب ، ولكن ليس معنى هذا أنها تعتبر الحقيقة المجردة . وعلى هذا لا يسوغ للمحكمة أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من تلقاء نفسها أى بدون أن يدفع الخصم بذلك اذ أن هذا من حقه ومن البديهى أنه يجوز لكل شخص أن يتنازل عن حق اكتسبه ، وفضلا عن هذا فان الحكم الاول يعتبر سندا وليس للقاضى أن يلزم شخصا بالتمسك بسند لا يريد التمسك به .

نطاق تطبيق قاعدة حجية الامر المقضى :

لكى نحدد نطاق قاعدة حجية الامر المقضى يجب أن نتناول هذه الحجية بالنسبة للاشخاص الذين تسرى فى حقهم أولا ، ثم بالنسبة للاحكام التى تطبق عليها ، ثم أخيرا بالنسبة لاجزاء الحكم التى تتوفر لها .

اولا : الاشخاص الذين تسرى فى حقهم حجية الامر المقضى :

سبق لنا أن أشرنا الى أن حجية الامر المقضى يراد بها أن تكون الاحكام حجة بما فصلت فيه من حقوق بحيث لا يمكن نقضها الا بسلوك الطرق التى شرعت للطعن فى الاحكام ، فلا يجوز نقضها بأى دليل من طريق دعوى مبتداة أو دفع يتمسك به الخصم عند الاحتجاج عليه بها .

ولتحديد الاشخاص الذين تسرى فى حقهم هذه الحجية تجب التفرقة بين الخصوم والغير . فحجية الامر المقضى بهذا المعنى لا تقوم الا فيما بين

الخصوم فى الدعوى ، ولهذا قيل انها حجية نسبية وليست مطلقة (1) ويلاحظ انها تفرض على الخصوم جميعا ، لا فرق فى ذلك بين المدعى والمدعى عليه ، ولا بين من قضى له ومن قضى عليه (2) .

اما الغير وهو الذى لم يكن خصما فى الدعوى فلا تسرى فى حقه هذه الحجية . فيجوز له أن ينازع فى صحة النتائج التى انتهى اليها الحكم الصادر فى هذه الدعوى ، وأن يسلك فى هذه المنازعة طرق الاثبات الجائزة سواء كان ذلك بواسطة دعوى مبتداة يرفعها ، أو دفع يبديه عند الاحتجاج عليه بهذا الحكم .

على أن مبدأ نسبة حجية الاحكام قد ترد عليه استثناءات . فهناك من الاحكام ما تكون له حجية مطلقة ، اى تقوم فى مواجهة الكافة ، بحيث لا يستطيع احد من الناس ان ينازع فيما قضت به حتى لو كان من غير الخصوم فى الدعوى وكانت له مصلحة فى هذه المنازعة . من ذلك الاحكام الجنائية ، فهذه حجة على جميع الناس لاعتبارات تتصل بالنظام العام ، كذلك الاحكام التى تقرر للشخص أهلية جديدة أو حالة جديدة ، كالاحكام الصادرة بتوقيع الحجر أو برفعه ، أو بشهر الافلاس أو بتغيير اسم الشخص ، فهذه الاحكام تقتضى طبيعتها أن تكون لها حجية قبل الجميع ، لانها ترمى الى تحديد الاوضاع الجديدة التى يمكن فيها للشخص الذى صدرت فى شأنه أن يتعامل مع الآخرين (3) .

ويلاحظ أن المقصود بهذه الاحكام تلك التى تنشىء حقيقة حالة جديدة بحيث لا يقتصر أمرها على الاعتراف بصفة عرضية . فمثلا الحكم الذى يعتبر المدين تاجرا بناء على مطالبة دائنه له بهذا الوصف لا تكون له حجية الامر المقضى فيما يتعلق بهذه الصفة ازاء الدائنين الآخرين .

---

1) حجية الاحكام نسبية لا تلزم الا من صدرت له أو عليه (المجلس الاعلى الحكم رقم 388 تاريخ 21 مارس 1967 مجلة قضاء المجلس الاعلى العدد الثالث سفحة 41) .

2) عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، صفحة 320 عن دى باج ، الجزء الثالث نبذة رقم 938 مكرر – مجموعة Juris classeur تعليقات على المواد 1939 – 1253 مدنى فرنسى صفحة 13 فقرة 108 .

3) أوبرى ورو ، الجزء 12 صفحة 423 نبذة رقم 769 .

ثانيا : الاحكام التى تحوز حجية الامر المقضـــى :

حجية الامر المقضى تثبت للحكم من يوم صدوره . فاذا كان الحكم قابلا للطعن فيه باحدى الطرق العادية ، أى لم يحز قوة الامر المقضى ، فـــان الحجية تثبت له مع ذلك ، ولكنها تكون حجية مؤقتة تزول اذا طعن فيــــه بالمعارضة أو الاستئناف . واذا كان الحكم قد حاز قوة الامر المقضى ولكنه كان قابلا للطعن فيه باحدى الطرق غير العادية وهى التماس اعادة النظر والطعن بالنقض ، واعتراض الخارج عن الخصومة فان الحجية تثبت له وتظل رغم الطعن فيه باحدى هذه الطرق على نقيض حالتى الطعن بالمعارضة أو الاستئناف فلا تزول الا اذا اقتضى ذلك الحكم الذى يصدر فى الطعن .

ويترتب على ذلك أنه اذا كان أحد طرفى الخصومة أشخاصا متعددين ، ولم يطعن فى الحكم بالاستئناف سوى بعض هؤلاء ، فان الحكم يحتفظ بحجية الامر المقضى بالنسبة للاخرين الذين لم يطعنوا فيه . كذلك اذا طعـــن فى الحكم بالنقض ولم ينقض الا فى جزء منه ، فانه يحتفظ بحجية الامر المقضى فيما يتعلق بالاجزاء الاخرى ما لم تكن مترتبة على الجزء المنقوض (1) .

ويفصل القاضى عادة فيما يعرض عليه من منازعات بعد سماع طرفى الخصومة ومناقشتهما وتحقيق أقوالهما وفحص ما يقدمانه من أدلة ، ثـــم يجرى حكم القانون ما يثبت لديه بالادلة القانونية فى شأن الوقائع المتنـــازع فيها ، أى أن القاضى يقوم فى ذلك بعملين متميزين :

أولهما تحرى الواقع وترجيح ادعاء أحد الخصمين بشأنه على ادعاء الآخرين بحسب ما يظهر له من أدلة الدعوى . ويعتمد القاضى فى ذلك على عقله وعلى تقديره للامور وفقا للقانون ولا يعدو فيه أن يكون محققا رواية كل من الخصمين ومرجحا احداهما على الاخرى .

أما الثانى وهو اجراء حكم القانون فيما يثبت لديه من وقائع ، فيعتمد فيه القاضى على السلطة المخولة له فى تطبيق القانون اى فى تفريد القواعد

---

1) نقض مدنى فرنسى فى 9 يناير 1905 ، جازيت دى باليه 1905 ـ 1 ـ 183 ، نقض مدنى فرنسى 38 ـ12 ـ 1949 دالوز 1904 ـ 1 ـ 94 .

العامة المجردة واستنباط أوامر خاصة منها يلزم بهلا أشخاصا معينين ، فيلزم المدعى عليه مثلا بطلبات المدعى كلها ، أو يرفض الدعوى فيترتب على رفضها منع المدعى من منازعة المدعى عليه فى موضوعها .

وحجية الامر المقضى انما تثبت لما انتهى اليه الحكم فى شأن الوقائع المتنازع فيها . فاذا ادعى شخص أنه أقرض آخر مبلغا من النقود ، وثبتت واقعة القرض لدى القاضى وقضى بالزام المدعى عليه برد مبلغ القرض ، فان واقعة القرض هذه تحوز حجية الامر المقضى فتعتبر صحيحة لا تجوز المنازعة فيها بغير طرق الطعن فى الاحكام .

ويترتب على هذا ان الحجية لا تثبت الا للاحكام التى تفصل فى موضوع النزاع أو فى جزء منه وهى الاحكام القطعية (1) فلا تثبت الحجية لما تصدره المحكمة من أوامر او قرارات لا تكون متعلقة بالخصومة ، وهى تلك التى تصدرها المحكمة بموجب سلطتها الولائية ولا تثبت أيضا للاحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها ، كالاحكام التى تصدر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات والاحكام التمهيدية .

وعلى ضوء هذه الفكرة تتحدد الشروط الواجب توافرها فى الحكم كى يحوز حجية الامر المقضى . فهذا الحكم يشترط فيه ثلاثة شروط :

الشرط الاول : أن يكون حكما قضائيا .

الشرط الثانى : أن يكون صادرا من جهة مختصة اختصاصا يجعل لها ولاية القضاء فى موضوعه .

الشرط الثالث : أن يكون قطعيا .

ثالثا : اجزاء الحكم التى تثبت لها حجية الامر المقضى

حجية الحكم هى قوته فى الاثبات ، والاثبات لا يرد الا على وقائع أو

1) ونقصد بالاحكام القطعية تلك التى تحسم النزاع فى الخصومة وكذلك الاحكام التمهيدية interlocutoires وهى التى تشف عن اتجاه المحكمة فى القضية كالحكم الصادر بندب خبير لتقدير مدى الضرر الذى لحق المدعى (متى كان المدعى عليه منكرا لوجود هذا الضرر) .

حقوق متنازع فيها . لذلك وجب ان تقتصر حجية الحكم على ما يفصل فيه من هذه الوقائع والحقوق . ويتكون الحكم من ثلاثة اجزاء : الوقائع والاسباب والمنطوق .

ويشتمل الجزء الخاص بالوقائع عرض موضوع النزاع وطلبات الخصوم وبيان اجراءات الدعوى ابتداء من اعلان صحيفة الدعوى الى تاريخ الحكم .

وتتضمن الاسباب عرض حجج الخصوم ومناقشتها وبيان الحجج التى استندت اليها المحكمة فيما قضت به فى المنطوق .

والمنطوق هو نص ما قضت به المحكمة فى موضوع النزاع وفى الطلبات المطروحة عليها بثبوت الوقائع المتنازع فيها أو عدمه وباجابة الطلبات كلها أو بعضها أو برفضها . والاصل أنه هو الذى يحوز حجية الامر المقضى لانه هو الذى تتمثل فيه الحقيقة القضائية .

ولما كان مناط ثبوت حجية الامر المقضى هو أن يكون هذا الحكم فاصلا فى نزاع ، فان هذه الحجية لا تثبت لكل اجزاء الحكم وانما تتوفر فقط للجزء الذى يشتمل على الفصل فى موضوع متنازع عليه . وعلى ضوء هذه الفكرة تتحدد قوة كل من هذه الاجزاء . فالقاعدة ان الحجية تكون للمنطوق ولكنها قد تثبت أيضا للاسباب ، بل قد يحصل أن تتوفر كذلك للوقائع .

حجيــة الاحكــام الجنائيــة امــام المحاكم المدنية :

(آ) اذا ارتكب شخص جريمة سببت ضررا للغير فانه ينشأ عنهما دعويان : دعوى جنائية لتوقيع العقاب ، ودعوى مدنية للمطالبة بالتعويض أو للتمسك بحق فصل فيه الحكم الجنائى ، فاذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية فما مدى حجية الحكم الجنائى الذى يصدر من المحكمة الجنائية فى الدعوى المدنية المنظورة أمام المحكمة المدنية .

لاشك فى أن الدعويين ، الجزائية والمدنية ، تختلفان باشخاصهما وأغراضهما : فالاولى تقوم بين المدعى عليه والنيابة العامة والغرض منها فرض عقوبة . والثانية تقوم بين المدعى الشخصى والمدعى عليه والغاية منها التعويض المدنى . وأول ما يتبادر الى الذهن أنه نظرا لاختلافهما ، فمن

الضرورى أن لا يكون لاحدهما اثر فى الاخرى . ولكن المبدأ الثابت غير ذلك ، لان المصلحة الاجتماعية تقضى بأن تتبع المحكمة المدنية قرار المحكمة الجزائية . والواقع ان هذه المصلحة تصاب بضربة شديدة اذا حكمت محكمة جزائية على المدعى عليه بعقوبة قد تكون الاشغال الشاقة سنين طويلة ، ثم يأتى الحاكم المدنى حين بحثه مسألة التعويض المادى فيقرر ان المحكوم عليه برىء ويقر حرمان الضحية من هذا التعويض . هذا من جهة الصدى فى الراى العام . أما من جهة وسائل التحرى عن الحقيقة فهى أوسع مدى واقوى اثرا فى يد الحاكم الجزائى من الحاكم المدنى المقيد بكثير من القيود .

لهذه الاعتبارات نشأت القاعدة القائلة بأن الجزائى يعقل المدنى (1) (le criminel tient le civil en état)وقد نصت عليها المادة العاشرة من قانون المسطرة الجنائية وبمقتضاها : « يمكن اقامة الدعوى المدنية لدى المحكمة المدنية المختصة منفصلة عن الدعوى العمومية . غير انه يجب أن ترجىء المحكمة المدنية حكمها فى هذه الدعوى فى انتظار البت النهائى فى الدعوى العمومية ان كانت هذه الدعوى جارية » .

ومضمون هذه القاعدة أن الدعوى المدنية اذا أقيمت فى المحكمة المدنية واقيمت الدعوى الجزائية فى المحكمة الجزائية ، فمن واجب المحكمة المدنية التريث والتأجيل حتى يبت القضاء الجزائى فى الدعوى العامة بصورة مبرمة . ولم توضع هذه القاعدة الا تفاديا من حدوث محذور كبير هو التضارب بين قرارين . ولئن كان القانون قد فرض الانتظار على القاضى المدنى فذلككى يكون هذا القاضى مرتبطا بقرار القاضى الجزائى .

من كل هذا يبين انه وان كان القانون قد منح للمضرور من الجريمة بابا لدى المحاكم الجنائية للمطالبة بتعويض عن الضرر الذى حصل له ، الا ان الاختصاص الاصيل هو للمحاكم المدنية . ويحدث فى العمل أن تطرح الدعوى الجنائية على المحكمة الجنائية ثم يلجأ المدعى المدنى مطالبا بحقوقه امام المحكمة المدنية وهو فى هذا قد يرفع الدعوى المدنية قبل اقامة النيابة العامة

---

1) **المجلس الاعلى الحكم رقم 62 تاريخ 24 يونيه 1968 مجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 2 صفحة 71 .**

للدعوى الجنائية ، او ان يختصم المتهم أثناء نظر الدعوى الجنائية المرفوعة عليه ، فهل تسير الدعويان الجنائية والمدنية جنبا الى جنب فيصدر فى كل منهما حكم لا يؤثر ولا يتأثر بالحكم الصادر فى الاخرى أم ان الامر على خلاف ذلك .

القاعدة العامة فى هذا الصدد أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى الجنائية له حجية بالنسبة لما يثبته من وقائع وتكوين هذه الوقائع لجريمة ونسبتها الى فاعل معين (1) . اما الحكم المدنى فلا حجية له أمام المحاكم الجنائية بالنسبة الى ما يدخل فى اختصاص هذه المحاكم الا اذا صدر فى مسألة مدنية بحتة . ولما كان موضوع الدعوى المدنية هو تعويض الضرر الناشىء عن فعل يعد جريمة ، فانه يجب ابتداء أن يثبت قيام الجريمة ونسبتها الى المتهم بحكم صادر من المحكمة المختصة وهى المحكمة الجنائية متى كانت الواقعة معروضة عليها . وما دامت هذه المحكمة لم تنته بعد الى راى معين وجب على المحكمة المدنية أن تتريث حتى الفصل فى الدعوى الجنائية حتى تقيم حكمها على ما تنتهى اليه فيها ، وهذا هو ما يسمى بقاعدة الجنائى يوقف المدنى ، ومرجعها حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية .

وقد ذهبت بعض الاحكام فى تعليل القاعدة الى اعتبار ان الواقعة الجنائية فى هذه الصورة تعتبر مسألة أولية بالنسبة الى المدعى بالحق المدنى ومن ثم يتعين الفصل فيها أولا ، وقال رأى آخر أن المراد من القاعدة منع تأثير الاحكام المدنية على القضاء الجنائى اذا صدرت أولا ، واما الرأى المعاصر الذى عليه الغالبية فيرجع حجية الحكم الجنائى بالنسبة الى المدنى لما لخطورة الحكم الاول واهميته وتعلقه بصالح المجتمع خلافا للحكم الصادر فى الدعوى المدنية (2)

(ب) ومما تجدر الاشارة اليه أن أعمال القاعدة القائلة بأن الجزائى يعقل المدنى يتطلب توافر الشروط الآتية :

---

1) ان المحكمة لا تجيب عن المقال حين تغفل عن اعطاء البيانات الكافية حول وقائع ثابتة فى حكم زجرى اكتسب قوة الشىء المقضى به يحتج به من جاء فى فائدته (المجلس الاعلى ، الحكم رقم 24 تاريخ 24 — 11 — 1958 مجلة القضاء والقانون عدد 21 صفحة 834) .

2) حسن صادق الرصفاوى ، الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية ، صفحة 382 .

الشـــرط الاول : ان ترفع الدعوى الجنائية أمام المحاكم الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فتكون كل من الدعويين مطروحة على المحكمة المختصة فى ذات الوقت ، ويستوى فى هذا أن تكون الدعوى المدنية هى التى رفعت اولا أو أن تكون الدعوى الجنائية هى المقامة أولا ، كمـــا يستوى أن تكون احدى الدعويين المدنية أو الجنائية أمام محكمة الدرجة الاولى والدعوى الاخرى لدى الدرجة الثانية لان التزام المحكمة المدنية بالحكم الجنائى ينبغى أن يكون مؤسسا على حكم نهائى .

الشـــرط الثانـــى : أن يكون سبب الدعويين الجنائية والمدنيـــة واحدا ، اى الجريمة المرفوع من أجلها الدعوى ، فان اختلف فلا محل لوقف الـــدعـــوى .

الشـــرط الثالـــث : أن يتحد شخص المدعى عليه فى الدعويـــين الجنائية والمدنية ، اى أن المتهم فى الاولى هو المدعى عليه فى الثانية ، فـــان اختلف فلا موجب للوقف لان الحكم الجنائى لا تكون له حجية أمام المحكمـــة المدنية بالنسبة لمن لم يكن مختصما أمام المحكمة الجنائية .

(ج) وحجية الاحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية تعتبر من النظـــام العام ، بمعنى أن المحاكم لا تستطيع مخالفتها ولا يستطيع الخصوم التنازل عنها سواء صراحـــة أو ضمنـــا .

والاصل فى الحجية أن تكون للاحكام لانها عنوان على صحة ما جاء بها ، وأن يكون الحكم نهائيا وصادرا فى واقعة جنائية لانه بهذا تتوافر الحكمة من تقييد القضاء المدنـــى بهـــا .

أما الاحكام التى تصدر من المحاكم الجنائية فى غير المسائل الجنائية فلا حجية لهـــا أمام المحاكم المدنيـــة . فالحكم الصادر فى الدعوى المدنية المطروحة بطريق التبعية على القضاء الجنائى لا حجية له فيما يتعلق بتطبيق أحكام القانون بالنسبة الى المسؤول مدنيا ، اذ أنها قاصرة على الخصوم فيها فقط ، اى أنه اذا لم يوجد اتحاد فى الخصوم والسبب والموضوع فـــلا مانع من مناقشة المسؤولية المدنية أمام المحكمة المدنية .

والحجية تكون للاحكام النهائية والصادرة فى موضوع الدعوى ، لانه ما دامت هذه الاحكام تلزم المحكمة المدنية تعين أن يكون الامر فيها قد استقر بمعنى أن تكون قد استنفذت طرق الطعن جميعا أو مضت المواعيد الخاصة بها دون طعن ، اذ ما دام هناك احتمال لان يتغير الحكم عند الطعن فيه فقد يصل الحال الى تعارض بين الحكمين الجنائى بعد أن صار نهائيا والمدنى الذى اعتمد على حكم جنائى لم يكن قد أصبح نهائيا بعد ، ومن ثم فلا حجية للاحكام الغيابية أو التمهيدية أو الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع .

ومن البديهى أنه لابد للاحتجاج بالحكم الجنائى أمام القضاء المدنى ، أن يكون صدور الحكم سابقا على الفصل فى الدعوى المدنية لا لاحقا لها ، لانه بعد استقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائى مدنى لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائى صدر بعده ، اذ ليس للحكم الجنائى أثر رجعى .

والقاعدة أن حجية الحكم تكون لمنطوقة الفاصل فى النزاع ، وهو ما قضى به صراحة ، ومع هذا فان المنطوق قد يرتبط ارتباطا وثيقا بالاسباب التى بنى عليها . وعندها تكون لتلك الاسباب ذات الاحترام ونفس الحجية التى لمنطوق الحكم ، وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها اذا كان المنطوق مرتبطا ارتباطا وثيقا بأسباب الحكم ونتيجة لازمة لها فان هذه الاسباب تحوز حجية الامر المقضى به (1) والمجلس الاعلى من جهته ، قد قضى فى هذا الصدد بأن منطوق الحكم الصادر من المحكمة الجنائية وحده وكذا الحيثيات التى تعتبر أساسا له يمكن أن تحوز قوة الشيء المقضى (2) .

(د) ولكن ما هو مدى قوة القضية المبرمة فى الجزائيات على الدعوى المدنية ؟ لقد ثبت الاجتهاد الفرنسى المستمر على مثل هذه التعابير : « لا يجوز للقاضى المدنى أن يهمل ما أبرمه القاضى الجزائى بالضرورة وبالتأكيد

---

1) **نقض مدنى بتاريخ 8 — 3 — 1953 — مجموعة احكام النقض السنة 4 فقرة 42 .**
2) **حكم مدنى رقم 169 تاريخ 12 أبريل 1969 مجلة قضاء المجلس الاعلى العدد العاشر صفحة 29 .**

سواء فيما يتعلق بوجود الفعل الجرمى ، أو فيما يتعلق باشتراك الفاعل فى هذا الجرم » أو « لا يستطيع القاضى المدنى أن يهمل ما أبرمه القاضى الجزائى فيما يتعلق بوجود الجرم ، أو بوصفه أو بجرمية الفاعل (1) » .

لذلك اذا فصلت المحكمة الجزائية فى غير مسائل وجود الجرم ، ووصفه وجرمية الفاعل أو براءته ، فان الفصل يكون دون ضرورة . وتظهر اهمية هذه القضية فى المثال التالى : اذا قضت المحكمة الجزائية فى جريمة ، وقالت فى أسباب القرار ان المعتدى عليه ارتكب خطأ من شأنه أن يخفف المسؤولية الجزائية — وهذا من شأنه أن يخفف المسؤولية المدنية — فان المحكمة المدنية غير ملزمة بهذا الامر وتظل حرة حين النظر فى طلب التعويض، فى تقدير المسؤولية المدنية كما تشاء .

واذا قضت المحكمة الجزائية على مجرم بعقوبة ما ، من أجل ارتكابه جرما معينا ، فان المتضرر من هذا الجرم ، ليس عليه اذا راجع المحاكم المدنية الا أن يبرز لها قرار المحكمة الجزائية ، وكل ما تفعله المحكمة المدنية هو أن تبحث عما اذا كان الفعل قد أضر به أكيدا ، فان كان قد تضرر حقا ، فتقدر الضرر . ولكن ليس لها أن تبحث فى ارتكابه الجرم ، أو اشتراكه فيه بصورة مادية أو معنوية لان هذا أمر قد بت فيه أمام المحكمة الجزائية واكتسب قوة القضية المبرمة واصبح ملزما للحاكم المدنى .

أما اذا ثبت أن الفعل قد وقع فعلا من الفاعل ، ولكن لا يمكن فرض عقوبة ما عليه كأن يكون غير معاقب عليه جزائيا ، أو أن الدعوى العامة سقطت بالتقادم ، فان المحكمة الجزائية تصدر قرارا بعدم مسؤوليته . ففى هذه الحالة ليس لقرار تصدره هذه المحاكم بأن المدعى عليه مرتكب الفعل غير المعاقب عليه ، حجية الامر المقضى فى المحاكم المدنية ، ولهذه المحاكم

---

1) الدكتور عبد الوهاب حومد ، أصول المحاكمات الجزائية ، صفحة 850 — حيث أن المبدأ الذى بمقتضاه أن الاحكام الصادرة عن القضاء الزجرى التى لها قوة الشىء المقضى تلزم المحاكم المدنية يعنى انه يتعين عليها اعتبار ما قضت به فيما يتعلق بوجود الحادث الجنحى ووصفه ادانة أو براءة من نسب اليه ، وانه نتيجة لذلك فمنطوق الحكم الصادر عن المحكمة الجنائية وحده وكذا الحيثيات التى تعتبر اساسا له يمكن أن تحوز قوة الشىء المقضى . (المجلس الاعلى حكم مدنى رقم 169 تاريخ 12 ابريل 1969 مجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 10 صفحة 29)

أنّ تقرر خلاف ما قررته المحكمة الجزائية ، وتقول بأن المدعى عليه هو فاعل الفعل وتحكم عليه بالتعويضات المدنية ذلك لان الخطأ المدنى غير الخطأ الجزائى . الا أن السبب الذى بنت المحكمة الجزائية عليه قرار عـــدم المسؤولية ملزم للمحكمة المدنية فلا تستطيع أن تقول أن الفعل جرم ، ولا أن تقول أنه لم يسقط بالتقادم .

أما قرار البراءة من ناحيته الجزائية فله حجية الامر المقضى . ولكن هل يمنع المدعى الشخصى من المطالبة بتعويض مدنى أمام المحاكم المدنية ، وما هو موقف المحاكم المذكورة من قرار البراءة ؟

يجب النظر فى قرار البراءة نفسه لنرى على ماذا استندت المحكمـــة لان قرارات البراءة تصدر بناء على اربعة اسباب (1) :

1) ــ عــدم وقوع الفعــل الجرمــى .

2) ــ عدم اشتراك المدعى عليه فى ارتكابه ، اذا كان وقع .

3) ــ عدم وجود النية الجرمية فى الجرائم المقصودة ، وعدم وجود الخطــأ الجزائى فى الجرائم غير المقصودة .

4) ــ عــدم كفايــة الادلــة .

فاذا كانت التبرئة مستندة الى عدم وقوع الفعل بالمرة ، أو الــى عدم اشتراك المدعى عليه فيه ، فان الدعوى المدنية لا تسمع لان للقرار حجية الامر المقضى ، والمحكمة المدنية التى تسمع طلبا كهذا تناقض ضرورة قرار المحكمة الجزائية التى قررت ان لا علاقــة للمدعى عليه بالفعــل المــذكــور .

أما اذا كان قرار التبرئة مستندا الى عدم وجود النية الجرمية ، فليس له حجية الامر المقضى ، لان وجود النية شرط لتطبيق العقوبة الجزائية ولكن الضرر يمكن أن ينشأ عن فعل ضار لا يوجد على أساسه الا خطأ

1) الدكتور عبد الوهاب حومد ، أصول المحاكمات الجزائية ، صفحة 855

مدنى بسيط . ففى هذه الحال يستطيع المضرور أن يطالب المدعى عليه بالتعويض المدنى أمام المحاكم المدنية ، ولهذه أن تحكم دون أن تناقض قرار البراءة وقد جاء فى حكم صادر عن المجلس الاعلى « أن الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود الذى ينشىء مسؤولية مفترضة على عاتق حارس الشىء المتسبب مباشرة فى الضرر يفرض عليه ، ليتخلص من المسؤولية ، وجوب اثبات أن الضرر ناتج عن سبب أجنبى ، وانه علاوة على ذلك فعل كلما كان ضروريا لمنعه من الوقوع . فالدليل على أن الحارس فعل كلما كان ضروريا لا يمكن أن يستنتج من حكم بالبراءة فى القضية الجنحية (1) » .

ولكن ما يكون الحال اذا كان قرار البراءة مبنيا على وجود الشك فى جرمية الفاعل اى على عدم كفاية الادلة ؟ اذا سيق شخص أمام المحكمة ولكن لم يثبت بصورة قاطعة أنه ارتكب الفعل فبراته لهذا السبب ، أى لوجود الشك ، فهل لنجاته من العقاب أثر فى منع مطالبته بالتعويض ؟

لو نظرنا الى المبادىء العامة وحدها لقلنا بأن المحاكم المدنية تستطيع أن تنظر فى الدعوى المدنية وتقرر ما تشاء من التعويض ، لان قرار البراءة لا يستند ، لا على عدم وقوع الفعل ، ولا على عدم اشتراك المتهم فيه ولكنه استفاد فقط من الحكمة القائلة (الشك فى مصلحة المتهم) . غير أن الاجتهاد والفقه يخشيان وقوع التناقض بين القرارين : القرار الجزائى (الذى برأ) ، والقرار المدنى (الذى يمكن أن يحكم) وفى هذا ما فيه من أثر سىء فى جمهور الناس . لذلك كان الرأى الشائع عدم السماح بذلك أيضا (2) . وعلى هذا فالبراءة المبنية على الشك تقفل ابواب المحاكم المدنية فى وجه المدعى الشخصى ولا يقبل من المضرور أن يقدم للحاكم المدنى أدلة جديدة لدعم الادلة السابقة ، لان هذا جائز أمام دوائر التحقيق لا أمام محاكم الحكم .

---

1) المجلس الاعلى ، الغرفة المدنية — 23 يبراير 1965 مجلة المحاكم المغربية العدد 1371 الصادر فى 10 — 6 — 1965 .
2) عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق ، صفحة 856 .

المبحث الثاني

القرائن القضائية

التعريف بالقرائن القضائية

نصت المادة (454) من قانون الالتزامات والعقود على ان :

« القرائن التى لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضى ؟ وليس للقاضى أن يقبل الا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التى حصل التوافق بينها ؟ واثبات العكس سائغ ، ويمكن حصوله بكافة الطرق » .

كما نصت المادة (455) على انه :

« لا تقبل القرائن ، ولو كانت خالية من اللبس ومتوافقة ، الا اذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضى وجوب أدائها » .

من هذه النصوص يتضح ان القرينة القضائية هى التى تترك لتقدير القاضى يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها .

فالقاضى يستنبط القرينة القضائية من واقعة معلومة فى الدعوى فيستدل بها على الامر المجهول المراد اثباته . فهى تبدو كعلاقة بين واقعتين احداهما ثابتة ، والاخرى مجهولة ، وتسمح بالانتقال من الاولى الى الثانية . مثل ذلك أن تستخلص من القرابة بين الاب وابنه قرينة على صورية التصرف . فالقرابة هنا هى الواقعة المعلومة التى عنى مدعى الصورية باثباتها ، والصورية هى الامر المجهول المتنازع فيه ، فيستطيع القاضى بطريق الاستنباط العقلى ان يستخلص من واقعة القرابة قرينة يستدل بها على الصورية .

فالذى يميز القرائن — كما سبق لنا البيان — عن غيرها من الادلة ان الاثبات فيها لا ينصب مباشرة على الواقعة المتنازع فيها ، وانما يتناول

واقعة مجاورة يدل ثبوتها بطريق غير مباشر على صحة ما يدعى به . وهذا هو الاثبات غير المباشر الذى يقوم على نقل محل الاثبات الى واقعة متصلة بموضوع النزاع يترجح معها اذا ثبتت صدق المدعى .

ومن هذا ينطوى الاثبات بالقرائن على عنصرين : الاول يتمثل فى الوقائع التى يطلب الخصوم من القاضى التثبت منها ، وهذه هى الامارات التى تستخلص منها القرينة والتى لا تقع تحت حصر وتختلف باختلاف ظروف كل دعوى . والعنصر الثانى هو الاسنباط الذى به يفسر القاضى هذه الامارات كى يستنبط منها قرينة يستدل بها على الامر المنازع فيه .

والواقع أنه مهما قيل عن القرائن القضائية من انها تقوم على الاحتمال والترجيح ، وتستند الى عملية استنباط لا يؤمن فيها الزلل ، فان اهميتها العملية كبيرة ، وهذا يرجع الى تعذر الاثبات المباشر فى اغلب الحالات ، والى ما للقاضى من سلطة كبيرة فى الاخذ بالقرائن . وقد استطاعت المحاكم من هذا الطريق وبما لها من سلطة كبيرة فى هذا الخصوص ان تخفف عبء الاثبات حين يصعب على المدعى اقامة دليل قاطع على دعواه ، بأن تكتفى منه بدليل يجعل دعواه قريبة التصديق ، فيكون على الطرف الآخر أن يدحض هذا الدليل . ثم ان اطراد المحاكم على الاخذ بقرينة قضائية معينة قد يخلع عليها قوة تعادل تلك التى للقرينة القانونية .

خصائص القرائن القضائية :

يترتب على كون القرائن القضائية استنباطا يجريه القاضى على اساس ما يثبت لديه من وقائع النتائج الآتية :

1) ان دلالتها تكون غير قاطعة ، أى ان ما يستنبط من طريقها يسمح للخصم دائما بدحضه بكافة وسائل الاثبات ، ولو أن القاضى يبقى فى النهاية حرا فى تكوين اعتقاده . ولكن الواقع ان القرائن القضائية قد تبلغ من القوة حدا يستنبط منه القاضى الامر المراد اثباته بشكل قاطع بما لا يدع مجالا لاحتمال عكسه ، فلا يكون ثمة محل من الناحية العملية لاثبات العكس وان كان حق الخصم فى ذلك معترفا به من الناحية القانونية ، وقد

لا تبلغ القرائن هذا الحد من القوة فيستنتج القاضى منها الامر المراد اثباته على سبيل الترجيح ويفسح للخصم المجال لاثبات العكس .

2) ان ما يثبت بها يعتبر حجة متعدية ، اى يعتبر ثابتا بالنسبة الى الكافة ، لان اساسه وقائع مادية ثابتة يتحقق منها القاضى شخصيا ويبنى عليها استنباطه ، فتنتفى بذلك شبهة اصطناع احد الخصوم دليلا لنفسه او تسليمه بحق عليه لخصمه اضرارا بالغير .

ولاجل ذلك نجد ان المشرع منح للقاضى سلطة تقدير ما اذا كـان يجب تعضيد هذه القرينة باليمين وذلك فى الاحوال التى يرى فيها وجهـا لذلك . ومن أجل كل هذا أصبحت القاعدة ان القرائن القضائية لا تقبل ولو كانت قوية وخالية من اللبس ومتوافقة الا اذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضى موجبا لذلك لتكوين قناعته فى القضية محل النزاع .

3) ان المشرع اعتبرها من الادلة المقيدة اى التى لا يجوز الاثبات بها فى جميع الاحوال ، لانه قدر فيها احتمال خطأ القاضى فى الاستنباط فحد من خطر هذا الاحتمال باشتراط أن تكون القرائن — حتى تصلح كأداة للاثبات — خالية من اللبس وأن تؤيد باليمين ممن يتمسك بها الا اذا رأى القاضى عدم ضرورة ذلك ، كما أجاز المشرع اثبات عكس القرائن وذلك بكافـة الطـرق .

حجية القرائن القضائية وسلطة القاضى فى شأنهـا :

الاثبات بالقرائن القضائية كما رأينا يقوم على تفسير القاضى لما هو معلوم لديه من الوقائع كى يستخلص منه من طريق الاستنباط العقلى قرينة يستدل بها على واقعة مجهولة يراد اثباتها .

ولان هذا الاستنباط عملية يختص بها قاضى الموضوع ، وتقـوم على طريقة فهمه للوقائع وتقريره لدلالتها وما يرجع فى نظره من احتمال فى شأنها ، كان الخطأ فيها محتملا . لذلك جعل الشارع تقدير القرائن القضائية

للقاضى ، يأخذ بها اذا اقتنع بها ولا يعمل بها اذا قام لديه شك فيها ، وهو فى هذا لا يتقيد بعدد القرائن ، فقد يكتفى بقرينة واحدة ، وقد تتعدد القرائن دون أن تصل الى حد الاقتناع ، وهو فى تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقـــض .

وما نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة (1353) مدنى فرنسى من أن القرائن القضائية يجب أن تكون قوية ومحددة ومتوافقة لم يعتبره شراح القانون الفرنسى الا مجرد توجيه أو نصيحة ، فلا يؤخذ منه ضرورة تعدد القرائن لتكوين عقيدة القاضى اذ أن قرينة واحدة قد تكتفى لذلك (1) .

ويتمتع القاضى بالنسبة الى القرائن القضائية بسلطة واسعـة لا تتوفر له فيما يتعلق بالادلة الاخرى التى تتخذ فى الاثبات المباشر . ففـى وسعه أن يستمد القرينة ليس فقط من وقائع وظروف النزاع المطروح أمامه بـل كذلـك مـن خـارج دائـرة هـذا النـزاع ، مـا دامـت الاوراق المتعلقة بها قد ضمت الى الدعوى المعروضة ، كما أنه لا يتقيد فى سلطته هذه بالقاعدة التي تفرض عليه الا يبنى اقتناعه على وقائع لـم تثبت بالطريقة القانونية أو على وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم ، فله أن يستخلص القرينة من أقوال ابداها الخصم أمام الخبير ، ومن اقوال شهود سمعهم الخبير باذن من المحكمة ، وله أن يستنبط القرينة أيضا من قرار غير قضائى صدر فى دعوى أخرى . بل وله أن يتخذ القرينة التى يعتمد عليها من أى تحقيق قضائى أو ادارى .

والقاضى فى عمله هذا له كل الحرية فى طريقة تحصيله للقرائن وفهمه لها ، لا يقيده فى هذا الا أن يكون استنباطه سائغا .

---

(1) عبد المنعم فرج الصدة ــ ص 287 عن اوبرى ورو ــ ج 12 ، ص 386 فقرة 766 بودرى وبارد ، ج 4 ، فقرة 2698 ــ بلانيول وريبير وجابولد ، ج 7 فقرة 1547 ــ كـولان وكابيتان ودى لاموراندبير ج 2 فقرة 781 .

الفصـــل الـرابـــع
الاقــــــــرار

تعريـــف الاقــرار وطبيعتـــه :

الاقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر قصد ترتيب حق فى ذمته واعفاء الآخر من اثباتـــه .

والاقرار نوع من الشهادة لان الشخص يقر بواقعة منتجة لاثر قانونى على عاتقه ، اى انه يشهد على نفسه بأن ما يدعيه صاحب الحق هــــو صحيح . وهكذا يتضح أن الاقرار يكون من شخص بقصد أن يجعل حقا ثابتا فى ذمته لآخر ، سواء كان هذا الحق محل منازعة بينهما أو لم يكـــن .

ولا يكون اقرارا انشاء الشخص الحق فى ذمته بتصرف قانونى أو بواقعة قانونية ، كالمشترى يلتزم بدفع الثمن وكمن يرتكب عملا غير مشروع يلتزم بالتعويض ، ذلك أن انشاء الحق غير الاعتراف به . ولما كان انشـــاء الحق بتصرف قانونى يحتاج فى اثباته الى ورقة مكتوبة اذا كانت قيمـــة هذا الحق تزيد على نصاب الشهادة ، فهذه الورقة تكون دليل اثبـــات لا اقرار ، لانها أعدت من مبدأ الامر لتثبت التصرف القانونى ، وتكون فـــى الغالب معاصرة لنشوئه أو بعد ذلك بوقت قليل . أما اذا كتب المدين اقرارا على نفسه بذات الحق ، فانه لا ينشىء بذلك حقا فى ذمته ، ولكنه يقر بوجود هذا الحق بعد أن نشأ . ويكتب المقر اقراره عادة بعد نشوء الحق الذى يقر به بوقت غير قصير ، مدفوعا الى ذلك باعتبارات متنوعة . فقـــد يكتب الاقرار بعد نزاع ينتهى فى تسويته الى هذا الاقرار ، وقد يكتبه بعد تصفية حساب قديم ، وقد يكتبه حتى يمكن صاحب الحق من ورثته أن يتقاضى حقه قبل قسمة التركة ، وقد يكتبه عندما يحس أن منيته قـــد دنت ليترك لصاحب الحق اقرارا بحقه فيبرىء ذمته سواء كتب الاقرار فى مرض الموت أو قبل ذلك . اما اذا كان السند المثبت للحق قد ضاع أو تقدم عليه العهد ، فكتب المدين سندا مؤيدا للسند الاصلى ، فهذا ليس اقرارا بل هو السند المؤيد الذى بسطنا أحكامه فيما تقدم . فالورقة المكتوبة اذن قد تكون سندا أصليا ، أو سندا مؤيدا للسند الاصلى ، أو اقرارا مكتوبا بالدين .

ولا يكون اقرارا ما يسلم به الخصم اضطرارا على سبيل الاحتياط من طلبات خصمه . فاذا قرر فى مذكرة قدمها استعداده لدفع مبلغ من النقود أقل من المبلغ المدعى به بعد أن أنكر وجود الحق فى ذمته أصلا ، ولكنه يعرض هذا المبلغ على خصمه حسما للنزاع واحتياطا لما عسى أن تتجه اليه المحكمة من اجابة الخصم الى بعض طلباته ، فان هذا لا يكون اقرارا ، لانه ليس اعترافا خالصا بوجود هذا المبلغ فى ذمته ، بل هو تسليم جدلى ببعض المدعى به لحسم النزاع . فهو أقرب الى أن يكون مشروع صلح يعرضه على الخصم ، حتى اذا قبله هذا الخصم النزاع بينهما (1) .

والاقرار باعتباره اعتراف مقصود بواقعة منتجة لاثر قانونى على عاتق من يصدر منه الاعتراف ، يجعل الواقعة فى غير حاجة الى الاثبات ، وبذلك يحسم النزاع فى شأنها قبل الفصل فى الدعوى . وقد رأينا أن الواقعة محل الاثبات يشترط فيها أن تكون محل نزاع ، لان عمل القاضى ينحصر فى نظر ما هو منازع فيه ، فاذا اعترف الخصم بواقعة مدعى بها عليه ، فلا يصح تكليف المدعى باقامة الدليل عليها . ولا يجوز للقاضى أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه .

ويتميز الاقرار بالخصائص الآتية :

1) الاقرار عمل قانونى :

الاقرار كما عرفناه هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر قصد ترتيب حق فى ذمته واعفاء الآخر من اثباته . ومن هذا يتضح ان الاقرار عمل قانونى لكون الارادة تتجه فيه الى احداث أثر قانونى ، هذا الاثر الذى يتجلى فى ثبوت حق فى ذمة المقر واعفاء المقر له من اثبات هذا الحق . ولهذا فانه يشترط فى الاقرار ما يشترط فى الاعمال القانونية من وجود للارادة ومحل تنعقد عليه .

ويجب أن يكون المقر ذا ادراك وقت الاقرار ، فلو كان فاقد الادراك بسبب السكر أو التنويم والايحاء لا يكون ما يصدر منه اقرارا ،

1) السنهورى — الوسيط — الجزء الثانى — صفحة 471 و 472 .

كما يجب أن تكون ارادة المقر جادة فيما قصدته من ترتيب الآثار القانونية الناتجة عن الواقعة التى اعترف بها . فلو صدرت من الخصم او من محاميه عبارات تهكمية فى صورة اقرار ، لا يمكن أخذه بأقواله التى لم يقصد بها سوى الانكار ولو أنها فى صورة اقرار .

ويرى بعض الفقه ان الاقرار باعتباره اعترافا مقصودا ، يتطلب اتجاه ارادة المقر الى اعتبار الحق المقر بالواقعة المنشئة له ثابتا فى ذمته ، وتمكين خصمه من التمسك بهذا الاقرار (1) . ولكن البعض الآخر يرى أن استلزام هذا القصد المحدد لدى المقر غير لازم ، لانه يؤدى الى استبعاد بعض صور الاقرار فى العمل ، كالاقرار الذى يندفع اليه الخصم اثناء استجوابه ، دون أن يدرك مدى ما يترتب عليه من نتائج (2) .

ويجب أن يعبر المقر عن ارادته تعبيرا صريحا أو ضمنيا ، فبالنسبة للتعبير الصريح الذى يدل على ارادة المقر بطريق مباشر ومن غير حاجة لاعمال الفكر فى الاستنتاج المنطقى لا يشترط فيه لفظ معين أو صيغة معينة والتعبير كما يكون صريحا يكون ضمنيا كالاقرار بعدم ملكية الشىء يستفاد ضمنا من استئجاره أو من استعارته . وقد يستفاد التعبير الضمنى من مجرد السكوت كما اذا دعا القاضى الخصم صراحة الى الاجابة عن الدعوى الموجهة اليه فيلوذ بالصمت ، ولا يطالب أجلا للاجابة عنها (المادة 406 من قانون الالتزامات والعقود) او كما لو ادعى على شخص بواقعتين فأنكر احداهما صراحة وسكت عن الأخرى ، ومن يطالب بدين عليه فيدفع بانقضائه بالمقاصة ، ثم يفشل فى اثبات ما كان له من حق تقع به المقاصة ، يعتبر ما صدر منه اقرار بعدم الوفاء بغير صورة المقاصة ، وهكذا فبعد أن نصت الفقرة الاولى من المادة (407) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الاقرار غير القضائى هو الذى لا يقوم به الخصم أمام القاضى ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه » جاءت الفقرة الثانية تقضى بأن « مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر اقرارا بأصل الحق ولكن من يقبل الاسقاط او الابراء من أصل الحق يحمل على أنه مقر بوجوده » .

---

1) سليمان مرقش — موجز أصول الاثبات — فقرة 105
2) السنهورى — الوسيط — ج 2 — فقرة 244

والتعبير الصريح اما أن يكون شفويا وهذه هى الصورة العادية للاقرار القضائى ، واما أن يكون مكتوبا كما لو تضمنته مذكرة مقدمة من الخصم للمحكة ، او ورقة يسلمها المقر الى المقر له .

ويشترط فى المقر أن تتوافر له أهلية التصرف فى الحق المقر به أى اهلية الالتزام بالواقعة المقــر بها . ولا يجوز للوكيل الاقرار عن موكله الا اذا كان مفوضا فى ذلك بنص خاص فى التوكيل العام أو بتوكيل خاص . وذلك لان التوكيل العام لا يخول الوكيل سوى مباشرة اعمال الادارة وليس الاقرار داخلا فيها . وقد نصت المادة (412) من قانون الالتزامات والعقود على ان : « الوكالة المعطاة من الخصم لنائبه فى أن يقر بالالتزام قاطعة عليه ، ولو قبل أن يصدر الاقرار عن الوكيل » .

ويجب أن تكون ارادة المقر فى اتجاهها الي الاعتراف بواقعة منتجة لاثر قانونى على عاتقه جادة غير هازلة وحقيقية غير صورية ، كما يجب ان تكون الارادة سليمة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضاء . وقد نصت المادة (409) من قانون الالتزامات والعقود على هذا المعنى حينما جاءت تقضى بأنه : « يلزم فى الاقرار ان يصدر عن اختيار وادراك هذا وان الاسباب التى تعـــد عيبا فى الرضى تعد عيبا فى الاقرار » .

ويشترط ايضا ان يكون المقر به معينا او قابلا للتعيين ، والا فلا يصح الاقرار ولا يرتب فى ذمة المقر التزاما . وهكذا نجد المادة (408) مــن قانون الالتزامات والعقود بعد أن نصت فى مستهلها على انه « يلزم أن يكون الاقرار لصالح شخص متمتع بأهلية التملك سواء كان فردا أم طائفة معينة . أم شخصا معنويا » جاءت تقضى بأنه : « يلزم أن يكون محل الاقرار معينا أو قابلا للتعيين » .

وتجدر الاشارة فى النهاية الى انه لا يعتد بالاقرار :

1) اذا انصبّ على واقعة مستحيلة استحالة طبيعية ، أو واقعة ثبت عكسها بأدلـــة لا سبيل لدحضهــا .

2) اذا ناقضــه صراحـــة من صدر لصالحــه .

3) اذا استهدف اثبات التزام أو واقعة مما فيه مخالفة للقانون أو للاخلاق الحميدة أو مما لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه ، أو استهدف التخلص من حكم القانـــون .

4) اذا قضى حكم حائز لقوة الامر المقضى بعكس ما تضمنه الاقرار .

2) الاقــرار عمــل اخبــارى :

الاقرار اعتراف يصدر من المقر . والاعتراف تقرير لواقعة معينة على اعتبار انها حصلت وبذلك فهو نوع من الشهادة ، لان أساسه اخبار بأمــر من الامور . فالمقـــر اذ يعترف بواقعة انما يسوق خبرا يكشف عن حقيقة هذه الواقعة . ولما كان المقر به خبرا ، فانه قبل الاقرار به يتساوى فيــه احتمال الصدق واحتمال الكذب ، ولكنه بالاقرار به يصبح احتمال صدقـــه أقوى من احتمال كذبه . فيعتبر الاقرار قرينة قانونية على حقيقة المقر به ، وهذه القرينة غير قاطعة ، اذ يجوز لمن تكون له مصلحة فى هدمها أن يثبت كذب الاقرار ، بل يجوز للقاضى الا يأخذ بالاقرار اذا كان ظاهر الحـــال يكذبـــــه .

وفى القضايا الجنائية نلاحظ أن كثيرا من الاعترافات تكون كاذبة ، وذلك حين ينسب المدعى عليه الى نفسه جـــر مـــا لم يرتكبه ، حبا فى الشهرة ، أو مدفوعا الى ذلك بسبب مرض نفسانى ، أو رغبة منه فى انقاذ غيـــره ، أو طمعا فى التخلص من حياة يكرهها ، فيجب الا يكون للاعتراف فى المسائل الجنائية قيمة مطلقة . فالاقرار المدنى يلزم المقر ، ولكنه لا يلزمه بأكثر من المال ، اما الاعتراف الجنائى فانه يعرض حياته وحريته الى خطر جسيم . ثم ان مصلحة المجتمع ليست فى معاقبة اى كان ، وانما هى فى اكتشاف الحقيقة والوصول الى الفاعل الحقيقى . لذلك كان الاعتراف فى المســـائـــل الجنائية مسألة موضوعية كغيره من البينات ، خاضعة لتقدير الحاك موحده .

3) الاقــرار عمل قانونى من جانب واحـــد :

يقع الاقرار بارادة المقر وحدها ، فهو ينتج أثره دون حاجة الى قبول من المقر له . ويستوى فى ذلك أن يكون الاقرار قد صدر من الخصم بناء على

سؤال موجه اليه من المحكمة او بناء على استجوابه من خصمه ، او ان يكون المقر قد ادلى باقراره من تلقاء نفسه . ومتى صدر الاقرار التزم بـه المقر ، ولم يعد فى امكانه الرجوع فيه . ولكن هذا لا يعنى أن المقـر لـه يلتزم بهذا الاقرار ، بل ان له أن يصرف النظر عنه فى اثبات دعواه اذا وجد مصلحته فى ذلك ، كما أنه يستطيع ان يكذب ما يضر به مما جاء فى الاقرار .

4) الاقـرار حجـة قاصـرة :

التزام المقر باقراره يجعل هذا الاقرار حجة مقصورة على المقـر ومن يعتبر ممثلا لهم من الخلف العام،والخلف الخاص فى الاحوال التيتسري عليهم فيها تصرفاته . ويتأثر الدائنون بهذا الاقرار بصورة غير مباشرة ، كما يتأثرون بتصرفاته الاخرى ، اما غير هؤلاء فلا يسرى عليهم الاقرار .

وقد جرى القول فى القواعد الفقهية أن الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة متعدية . فمثلا اذا اقر أحد الورثة بدين على التركة التزم هو وحده بهذا الدين ، أما اذا اثبت الدائن دينه بالبينة ، فان الدين يسرى فى حق جميع الورثة وهذا يرجع الى أن الاقرار حجة ملزمة بذاتها ، فهو يحسم النزاع قبل الفصل فى الدعوى . بينما فى الادلة العادية تظل الواقعة محل نزاع الى ان يصدر الحكم فى الدعوى .

وقد نصت المادة (410) من قانون الالتزامات والعقود علـى ان : « الاقرار القضائى حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه ، ولا يكون له أثر فى مواجهة الغير الا فى الاحوال التى يصرح بها القانون » .

كما نصت المادة (411) على أن « اقرار الوارث ليس حجة علـى باقى الورثة . وهو لا يلزم صاحبه الا بالنسبة الى نصيبه وفى حدود حصتـه من التركة » .

نـوعـا الاقـرار :

الاقرار نوعان :

1) اقرار قضائى وهو الذى يحصل اثناء نظر دعوى أمام القضاء متعلقا باحدى وقائعها .

2) واقرار غير قضائى وهو الذى يصدر فى غير مجلس القضاء .

وقد نصت المادة (405) من قانون الإلتزامات والعقود على ان : « الاقرار قضائى أو غير قضائى . فالاقرار القضائى هو الاعتراف الذى يقوم به أمام المحكمة الخصم او نائبه المأذون له فى ذلك اذنا خاصا . والاقرار الحاصل امام قاض غير مختص ، أو الصادر فى دعوى أخرى ، يكون له نفس أثر الاقرار القضائى » .

كما نصت المادة (407) من قانون الالتزامات والعقود على ان : « الاقرار غير القضائى هو الذى لا يقوم به الخصم أمام القاضى ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه .

مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر اقرارا باصل الحق . ولكن من يقبل الاسقاط أو الابراء من أصل الحق يحمل على أنه مقر بوجوده»

الاقرار القضائى :

الاقرار القضائى هو كما عرفته المادة (405) من قانون الالتزامات والعقود هو « الاعتراف الذى يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له فى ذلك اذنا خاصا » .

ومن هذا يتضح أن وصف الاقرار بأنه قضائى يستلزم أن يتم امام القضاء ، وأن يكون أثناء نظر دعوى تتعلق بالواقعة محل الاقرار .

فلا بد اذن أن يصدر الاقرار من الخصم أمام القضاء . ولا يعنى هذا ان القاضى يجب أن يسمع الاقرار بنفسه مباشرة ، انما المقصود أن الاقرار يجب أن يقع بطريقة يصبح بها جزءا من الدعوى المنظورة ، وذلك بان يكون داخلا فى اجراءات الدعوى . ويتحقق ذلك غالبا اذا صدر الاقرار للقاضى اما شفويا فى الجلسة أو أثناء تحقيق أو استجواب ، أو كتابة فى مذكرات مقدمة اليه أو طلبات معلنة للخصم ، كما يتحقق أيضا اذا صدر الاقرار أمام الخبير

المنتدب فى الدعوى المنظورة . ويعتبر الاقرار الصادر أمام هيئة محكمين اقرارا صادرا أمام القضاء ، لان المحكم يحل محل القاضى فى نظر القضية . اما الاقرار الذى لا يرد ضمن اجراء من اجراءات الدعوى ، وبالتالى لا يكون جزءا من الدعوى المنظورة ، فلا يعتبر صادرا أمام القضاء ، حتى لو كان قد وقع أثناء نظر هذه الدعوى . كما لو ورد الاقرار فى رسالة وجهها الخصم الى خصمه أثناء نظر الدعوى (1) وبناء على ذلك لا يعتبر قضائيا الاقرار الذى يقع أمام جهات ادارية كمجلس التأديب او امام النيابة أو الشرطة .

وكما يقع الاقرار من الخصم نفسه يجوز أن يقع من نائبه المأذون له فى ذلك اذنا خاصا . كما ان الاقرار يعتبر قضائيا حتى لو حصل أمام قاض غير مختص .

ولا يشترط لاعتبار الاقرار قضائيا أن يصدر فى القضية المتعلقة بالحق المقر به ذاتها بل هو يعتبر كذلك حتى لو صدر فى دعوى أخرى (المادة 405 من قانون الالتزامات والعقود) .

حجية الاقرار القضائى :

يترتب على الاقرار القضائى آثار ثلاثة :

1) حجية كاملة .
2) وعدم جواز العدول عنه .
3) وعدم جواز تجزئته .

1) الاقرار حجة قاطعة على المقر :

ترجع حجية الاقرار بوجه عام الى ان صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه . ويزداد رجحان هذا

1) عبد المنعم فرج الصدة ــ الاثبات ــ فقرة 271

الاحتمال اذا كان الاقرار صادرا فى مجلس القضاء لان الحضور أمام القضاء من شأنه أن ينبه المقر الى وزن كل كلمة قبل أن يفوه بها لذلك كان من الطبيعى أن يكون الاقرار الصادر فى مجلس القضاء حجة على المقر يتعين على القاضى أن يأخذ بها ويشبه الاقرار القضائى الدليل الكتابى من حيث قـوة الاثبات فكلاهما لـه حجية ملزمة لمن صدر منه وحجية ملزمـة للقاضى (1) وقد نصت المادة (410) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الاقرار القضائى حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه ، ولا يكون له أثر فى مواجهة الغير الا فى الاحوال التى يصرح بها القانون » .

2) عدم جواز العدول عن الاقـرار :

متى صدر الاقرار فى مجلس القضاء ، لا يحق للمقر أن يسحب اقراره بعد صدوره . ومما يترتب على عدم جواز رجوع المقرفى اقراره أن لا يستطيع أن يضيف اليه ، بعد صدوره ، واقعة جديدة يقصد أن تعتبر جزءا منه ومكملة له ، اذا كان من شأن هذه الواقعة أن تعدل من مضمونه أو أن تعطل دلالته . غير أنه لما كان الاقرار عملا قانونيا يشترط فيه ما يشترط فى العمـل القانونى من شروط الانعقاد والصحة ، بما يتبع هذه الشروط من جـزاء البطلان أو القابلية للابطال ، وجب أن يكون للمقر بعد صدور الاقرار منه فى مجلس القضاء أن يتمسك ببطلانه اذا وجد ما يبرر ذلك . وعلى هـذا يستطيع المقر أن يطلب عدم أخذه باقراره على أساس ما وقع فيه مـن غلط دافع الى اصداره ، على أن يكون الغلط الذى يستند اليه فى الطعن غلطا فى الواقع لا فى القانون ، وذلك على أساس أن طبيعة الاقرار أنـه اخبار بواقعة ، وأن القصد الى الاقرار نفسه يكفى لاعتبـاره كذلك ، ولو لم تتضح للمقر كل النتائج التى يربطها القانون باعترافه بهذه الواقعة ، ولذا لا يجوز للمقر أن يطلب عدم أخذه باقراره على أساس غلطه فى نتائج قانونية للواقعة المقر بها مهمـا كان هذا الغلط جوهريا .

وعلى ذلك فاقرار الوارث بدين على مورثه يقبل طعن الوارث فيـه بالغلط اذا كان قد بنى على جهل واقعة الوفاء به من جانب المورث ، والذى

---

1) سليمان مرقس ــ موجز أصول الاثبات ــ فقرة 113

ينكشف بالعثور على مخالصة بالدين المقر به ، اما ان بنى الطعن فى الاقرار على انه كان يجهل أن اقراره يؤدى الى الزامه وحده بالدين ، فلا يقبل منه ذلك ، لانه طعن يبنى على الغلط فى القانون .

وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة (414) من قانون الالتزامات والعقود على انه : « لا يسوغ الرجوع فى الاقرار ما لم يثبت أن الحامل عليه هـو غلط مـادى » .

كما نصت الفقرة السادسة على أن « الغلط فى القانون لا يكفـى للسماح بالرجوع فى الاقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطـرف الآخـر » .

وتجدر الاشارة فى النهاية الى انه لا يسوغ الرجوع فى الاقرار ولـو كان الخصم الآخر لم يعلم به (الفقرة الاخيرة من المادة 414 من قانون الالتزامات والعقـود) .

3) عـدم تجزئـة الاقرار على صاحبه :

2) اذا انصب الاقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض، تجزئة الاقرار ضد صاحبه اذا كان هذا الاقرار هو الحجة الوحيدة عليه . وتمكـن تجزئتـه :

1) اذا كانت احدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الاقرار .

2) اذا انصب الاقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض.

3) اذا ثبت كذب جـزء من الاقرار » .

والاقرار يقسم فى مجال بيان نطاق اعمال مبدأ عدم التجزئة ، الى ثلاثة أنواع : اقرار بسيط ، واقرار موصوف ، واقرار مركب .

والاقرار البسيط هو الذى يصدر بالتسليم بكل ما يدعيه الخصم بـلا تعديل أو اضافة كما اذا ادعى الدائن أنه أقرض المدعى عليه مبلغا معينا

بفائدة قدرها 7 ٪ ابتداء من تاريخ معين ، فاعترف المدعى عليه بالقرض وقيمته وتاريخه وبالفوائد وسعرها . وظاهر أن هذا الاقرار يكون كلـه فى مصلحة الدائن ، فلا محل للبحث فى تجزئتـه .

اما الاقرار الموصوف فهو الاعتراف بالواقعة المدعاة ، ولكن مـع وصفها بوصف يعدل منها ، اى مع اعطائها طابعا أو اضافة ظرف اليها يكون من شأنه أن يغير من طبيعتها القانونية . فالمسألة هنا تتعلق بظرف يضيفه المقر الى الواقعة المدعى بها يكون معاصرا فى وجوده لنشوء هذه الواقعة ويؤدى الى تعديل فى جوهرها أو طبيعتها القانونية . كمن يقـر بأنه تسلم من مورث المدعى مالا ، ولكن لا على سبيل العارية أو القـرض كما يدعى خصمه ، وانما على سبيل الهبة . وقد يكون الاقرار اعترافـا بالالتزام ولكن مع اضافة وصف يؤثر على حق المدعى ، كمن يسلم بمـا يدعى عليه من دين ولكن يضيف أن الوفاء به مؤجل لمدة خمس سنوات . وفى كل هذه الامثلة يعتبر الاقرار غير قابل للتجزئة ، فلا يستند اليه باعتباره اقرارا الا مع قبول كل أجزائه ، والواقعة المقر بها وما اضيف اليها من وصـف .

والاقرار المركب هو الاقرار بالواقعة المدعـى بهـا مصحوبـة بواقعـة أخـرى تترتب عليهـا نتائـج تؤثر فى نتائج الواقعـة الاولـى . كما اذا ادعى شخص على آخر بمبلغ أقرضه ايـاه فاقـر المدعى عليه بانه اقترض فعلا هذا المبلغ ثم وفاه أو أن الدين انقضى بالتجديد أو بالمقاصة . وهذه الصورة هى التى تتناول حكمها الفقرة الثالثة من المـادة (414) من قانون الالتزامات والعقود « لا يجوز تجزئة الاقرار ضد صاحبه الا اذا انصب على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض » .

ومعنى عدم جواز تجزئة الاقرار ان المقر له لا يستطيع استبعـاد جزء منه ، والاكتفاء بجزئه الآخر الذى يفيده ، دون أن يطلب منه تبرير هذا الاستبعاد باثبات عدم صحة الجزء المستبعد ، ولذلك فان قاعدة عدم التجزئة لا تحول دون قيام المقر له باقرار لا يقبل التجزئة ، باثبات عدم صحة مـا أضيف فى الاقرار الى الواقعة المدعاة من وصف أو واقعة أخرى وثيقـة الصلة بها ، طبقا لقواعد الاثبات ، فان نجح فى هذا الاثبات سقطت الاضافة

سواء اكانت وصفا او واقعة ، وثبت حق المدعى بالاقرار البسيط الذى يبقى بعد ذلك . واذا لم يكن للخصم ان يحصل من خصمه الا على اقـرار موصوف أو مركب غير قابل للتجزئة فيمكنه ان يطلب الى القضاء أن يعتبره بداية ثبوت بالكتابة ليعفى من تقديم الدليل الكتابي على حقه ، وللقاضـي ان يعتبر اعتراف المقر بالواقعة المدعاة ، رغم الوصف أو الواقعة المضافة ، بداية ثبوت بالكتابة ، ولا يعترض عليه هنا بقاعدة عدم التجزئة ، لانه لا يستند اليه عندئذ بوصفه اقرارا (1) .

الاقـرار غيـر القضـائـي :

عرفت المادة (407) من قانون الالتزامات والعقود الاقرار غيـر القضائى بأنه الاقرار الذى لا يقوم به الخصم أمام القاضى ، ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه .

ويشترك الاقرار غير القضائى مع الاقرار القضائى فى طبيعته مـن حيث انه عمل قانونى اخبارى من جانب واحد وانه يعتبر بمثابة عمل من اعمال التصرف وانه حجة قاصرة . ويختلف عنه فى أنه لا يصدر فى مجلس القضاء فى القضية المتعلقة بالمقر به ذاتها . غير أنه لما كان الفرق بين نوعى الاقرار لا يمس طبيعتهما فى شىء وانما يتعلق بظروف صدور الاقرار فى مجلس القضاء أو فى غيره ، ولما كان ظرف صدور الاقرار فى مجلس القضاء ليس من شأنه سوى توفير الثقة فى جدية الاقرار ، كان من الصعب التسليم باختلاف آثار الاقرار غير القضائى — متى ثبتت جديته — عن آثار الاقرار القضائى ، وتعينت المساواة بينهما فى أحكامهما (2) .

لذلك يرى الفقه (3) أن القاضى اذا عرض عليه قول مدعى بانه اقرار غير قضائي كان له تقدير هذا القول وتحري قصد صاحبه منه ، فان وجد فيه عناصر العمل القانونى الصحيح متوافرة اعتبره اقرارا والا فلا يعتبره

---

1) جميـل الشرقـاوي — الاثبـات فى المواد المدنيـة — فقـرة 64 .
2) سليمان مرقس — موجز اصول الاثبات — فقرة 118
2) سليمان مرقس — فقرة 119 .

كذلك . وهو فى هذا التقدير غير خاضع لرقابة محكمة النقض . وقد رأينا أن القاضى يملك مثل هذه السلطة فيما يتعلق بالاقرار القضائى ، ولو أن صدور هذا الاقرار فى مجلس القضاء يسهل من الناحية العملية مهمة القاضى بما يوفره من ثقة فى جدية الاقرار ومن ظهور قصد صاحبه فى أن يرتبط به ومن اضعاف لاحتمال وجود الاسباب المبطلة للاقرار ولكن متى ثبت للقاضى أن القول المدعى بأنه اقرار غير قضائى هو فعلا اقرار صحيح ، تعين عليه الاخذ به كما يتعين الاخذ بالاقرار القضائى لاتحاد العلة فى الحالين ، وهى توافر قصد المقر أن يرتبط باقراره ، ووجب عليه الا يسمح بالعدول عنه لغير سبب يبطله لان الاقرار يستمد صفة اللزوم من كونه عملا قانونيا يتم بارادة واحدة لا من صدوره فى مجلس القضاء ، ولزمه أن يراعى عدم تجزئة الاقرار لان عدم التجزئة نتيجة لاتجاه ارادة المقر لا لصدور الاقرار فى مجلس القضاء .

الفصل الخامس

اليمين

تعريف اليمين وانواعها :

اليمين هى اشهاد الله تعالى على صدق ما يخبر به الحالف . ويكلف الشهود باليمين قبل تأدية شهادتهم اشعارا لهم بوجوب قول الحق . ويكلف بها احد الخصوم لتأييد ادعائه عندما يعوزه الدليل عليه . ولذا أمكن أن تعتبر اليمين من وسائل الاثبات أمام القضاء .

واليمين طريق غير عادى للاثبات ، والالتجاء اليها أمر لا يحصل الا نادرا ، وذلك عند تعذر تقديم الدليل من وسائل الاثبات الاخرى المتقدمة ، أو عدم كفاية ما قدم منها لاقتناع القاضى . ومن هذا كانت اليمين نظاما من أنظمة العدالة أراد به الشارع أن يخفف من مساوىء تقييد الدليل ، فجعل للخصم أن يحتكم الى ذمة خصمه بيمين حاسمة عند عدم وجود الدليل ، وأعطى القاضى سلطة الركون الى ضمير أحد الخصمين بيمين متممة يكمل بها نقصا فى الدليل .

وقد أوردت أحكام اليمين المواد من 85 الى 88 من قانون المسطرة المدنية .

صيغة اليمين :

يتضمن لفظ أحلف ولفظ اقسم معنى اشهاد الله تعالى على صدق القول . لذلك اكتفى المشرع فى الفقرة الثانية من المادة (85) من قانون المسطرة المدنية على أن يقول من يؤدى اليمين امام المحكمة « اقسم بالله العظيم » وتسجل المحكمة تأديته لليمين .

ويعتبر فى حلف الاخرس ونكوله اشارته المعهودة ان كان لا يعرف الكتابة ، فان كان يعرفها فحلفه ونكوله بها ولمن لا يعرف اللغة العربية أن يؤدى اليمين بواسطة مترجم .

اليميـــن الحـــاسمـــة :

اليمين الحاسمة هى التى يوجهها احد الخصمين الى الآخر ليحسم النزاع ، فيترتب على حلفها او النكول عنها أن يفصل القاضى فى النزاع لمصلحة الحالف أو الناكل ، ولا يسمح بالعودة للتعرض لاثبات ما تم الحلف عليه ، بأية وسيلة للاثبات . ومن هذا سميت هذه اليمين بأنها حاسمة .

واليمين الحاسمة طريق غير عادى للاثبات كما سبق القول ، فمن يوجهها لا يقيم الدليل على شيء ، وانما هو يلجأ اليها كسهم أخير فى جعبته ، فقد يصيب من خصمه ذمته أو ضميره او عقيدته . وهى وسيلة تنطوى على مجازفة ، لان من وجهت اليه اليمين ان اداها كسب الدعوى ، ولذلك لا يلجـأ اليها الخصم الا عند تجرده من الدليل . واذا لم يشأ من وجهت اليه اليمين ان يؤديها فله أن ينكل عنها أو يردها على خصمه ، فان ردها كـــان على من وجهها أن يحلف أو ينكل . ولسنا هنا بصدد دليل يخضع لاقتناع القاضى ، اذ يتعين على هذا بحكم القانون أن يقضى على ضوء الموقف الذى يتخذه من وجهت اليه اليمين او من ردت عليه ، فيحكم لصالح من حلف وضد مـــن نكـــل (1) .

توجيـــه اليميـــن الحـــاسمـــة :

نصت المادة (85) من قانون المسطرة المدنية على انه : « اذا وجه احد الاطراف اليمين الى خصمه لاثبات ادعاء أوردها هذا الاخير لحسم النزاع نهائيا فان الخصم يؤدى اليمين فى الجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية . . . »

ومن هذا النص يتضح أن توجيه اليمين الحاسمة لا يكون الا من خصم الى خصمه . فالقاضى ليس من حقه توجيه يمين حاسمة الى أحد الخصوم .

ويجب أن تتوافر فيمن يوجه اليمين أهلية التصرف فى الحق موضوع الحلف ، لان توجيهها يتضمن مخاطرة بهذا الحق اذا حلف من توجه اليه .

---

1) الصدة ــ المرجع السابق ــ فقرة 294

واليمين الحاسمة توجه الى الخصم الآخر ، ولا يجوز توجيهها لنائبه ، لان الحلف امر شخصى لا تجوز النيابة فيه . ويشترط ان يكون الموجه اليه اليمين ذا أهلية للتصرف ، كموجهها ، حتى يعتبر رده اليمين على موجهها ، أو نكوله عن حلفها ، ويلزم ان تظل له الاهلية حتى يتم الحلف أو الرد أو النكول ، فان حجر عليه قبل ذلك سقط توجيه اليمين . واذا عاق الطرف مانع مشروع وثابت بصفة قانونية امكن تأديته اليمين أمام قاض منتدب للتوجه عنده مساعدا بكاتب الضبط الذى يحرر فى هذه الحالة محضرا بالقيام بهذه العملية .

واذا كان الطرف الذى وجهت اليه اليمين أوردت يسكن فى مكان بعيد جدا امكن للمحكمة ان تأمر بأن يؤدى اليمين امام المحكمة الابتدائية لمحل موطنه على ان تسجل له تأديته لهذه اليمين (المادة 86 من قانون المسطرة المدنيــة) .

وتجدر الاشارة الى ان موضوع اليمين الحاسمة يجب أن يكون واقعة تؤدى الى حسم النزاع ، وان تكون صيغة اليمين بحيث لا يترك غموضها محلا للتشكك فى أثر هذه اليمين . على أن من الجائز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط دون أن يعتبر هذا متنافيا مع كونها حاسمة ، فقد تكون لدى الخصم أدلة لا يطمئن الى تقدير المحكمة لها ، فيوجه اليمين كوسيلة اخيرة واحتياطية ، اذا لم تأخذ المحكمة بما قدم من أدلــة .

وقد نصت المادة (88) من قانون المسطرة المدنية على انه : « يمكن للمحكمة أن تأمر دائما بعد اتفاق الاطراف على أن تؤدى اليمين طبقا للشروط التى تلزم دينيــا ضمير من يؤديهــا .

فى حالة حصول مثل هذا الاتفاق يثبت ذلك فى الحكم الذى يحدد الوقائع التى تستوفى اليمين عليها ، والاجل والمحل والشروط المحددة لاتمام تأديتها .

تؤدى اليمين حينئذ بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية ، وبحضور القاضى المنتدب وكاتب الضبط الذى يحرر محضرا بهذه العمليــة » .

آثـــار توجيـــه اليميـــن الحاسمـــة :

اذا ما وجه شخص اليمين الحاسمة الى خصمه ، وقبل هذا الخصم حلفها . فان موجه اليمين لا يستطيع الرجوع فيها . ويعتبر فى مركز موجه اليمين من يطلب منه حلفها فيردها الى موجهها طالبا اليه أن يخلف هو ، اذ يصبح برد اليمين ، وقبول الحلف من جانب موجه اليمين فى الاصل غير قادر على أن يطلب أن يقوم هو بالحلف . ولكن يستطيع من وجه اليمين أن يرجع فى ذلك ، حتى لو قبل خصمه أن يحلف ، اذا كان ناقص الاهلية ، أو كان الذى دفعه الى هذا التوجيه غلط فى الواقع أو تدليس أو اكـــراه أو استغلال ، لان ارادة من يحتكم الى ذمة خصمه يجب أن تكون خالصة من هذه العيوب . وطالما أن الخصم لم يقبل اليمين فان من وجهها يستطيع أن يرجع فيها ، حتى لو كان قد صدر حكم بتوجيهها وهذا الرجوع قد يكـــون صريحا فى الجلسة ، أو خارجها بمقتضى ورقة تعلن للخصم ، وقد يكـــون ضمنيا ، كأن يستفاد من استئناف من وجه اليمين للحكم الصادر بالتحليف .

واذا وجهت اليمين الحاسمة الى الخصم ، فانه يصبح ملتزما بأن يحلف ، فان لم يشأ أن يحلف فانه يعد ناكلا وتترتب بالنسبة له آثار النكول . واذا حلف من وجهت اليه اليمين ، اعتبر ما يقوله مؤيدا باليمين هو الصدق ، وسيكون مضمونه بطبيعة الحال انكار دعوى المدعى ، ولذا فان الحلف يؤدى الى كسب الحالف للدعوى فيقضى لمصلحته ، هذا بشرط أن يؤدى اليمين بصيغتها التى وجهها الخصم والتى وافقت المحكمة عليها ، فـــاذا عدل فى الصيغة تعديلا يغير من معناها ، عـــد منه ذلك نكولا اذا أصـــــر عليه ولم يكن له مبـــرر .

واثر حلف اليمين الحاسمة او النكول عنها قاطع بالنسبة للخصـــوم وللقاضى ، فمن حلفها يحكم لمصلحته ومن نكل عنها يحكم ضده ، والقاضى يلتزم بهذا الاثر فلا يملك الفصل فى الدعوى بغير ذلك . ومن مظاهر الحجية القاطعة لليمين بالنسبة للخصوم أن توجيهها من أحد الخصمين الى الآخر (أوردها ممن وجهت اليه على من وجهها) يعنى عدم جواز العودة لاثبات ما تم الحلف عليه بأى وسيلة أخرى من وسائل الاثبات بقصد تكذيب دلالة

اليمين ، فاذا وجه الخصم اليمين الى خصمه الآخر ليحلف انه لم يقترض منه ، فحلف ، اعتبر ما حلف عليه صدقا لا يجوز أن يحاول المدعى تكذيبه بتقديم اى دليل آخر يثبت القرض ولو كان كتابة رسمية ، اما ان نكل يثبت القرض فى ذمته ولا يستطيع أن ينفى ذلك بأية وسيلة (1) .

يميــــن الاستيثـــاق :

يلحق الفقه باليمين الحاسمة ، يمينا اخرى يوجهها القاضى وجوبا فى بعض الاحوال ، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم ، للتأكد من دلالة واقعة معينة . ولذا تسمى يمين الاستيثاق .

ومن الاحوال التى تستلزم فيها هذه اليمين ، حالة التمسك بالتقــادم المنصوص عليه فى المادة (390) من قانون الالتزامات والعقود التــى جاءت تقضى بأنه : « يسرى التقادم المنصوص عليه فى المادتين 388 و 389 السابقتين ولو حصل الاستمرار فى التوريدات أو التسليم أو الخدمــات أو الاعمــــال .

ومع ذلك يحق للاشخاص الذين يحتج ضدهم بالتقادم المنصوص عليه فى المادتين 388 و 389 المذكورتين آنفــا أن يوجهوا اليمين للاشخاص الذين يتمسكون به ، ليقسموا أن الدين قد دفع فعلا ، ويسوغ توجيه اليمين لارامل هؤلاء ولورثتهم ولاوصيائهم ان كانوا قاصرين ليصرحوا بما اذا كانوا لا يعلمون بــأن الديــن مستحــق » .

وتنص الفقرة الاخيرة من المادة (189) من القانون التجارى علــى أنه : « ومع ذلك اذا طلب من المدين المزعوم أن يؤدى اليمين على براءة ذمته من الدين كان ملزما بأدائها كما تلزم أرملته وورثته وذوو حقوقه على اداء اليمين بأنهم يعتقدون عن حسن نية براءة ذمة موروثهم من الدين » .

---

1) جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ــ فقرة 69 .

ومن هذين النصين يتضح أن من يتمسك بالتقادم القصير فى احدى الحالات الواردة فيهما يجب عليه فوق ذلك ان يؤدى يمينا على انه قد وفى الدين . وهذه اليمين هى التى يقال لها يمين الاستيثاق .

اليميـــــن المتممـــــة :

نصت المادة (87) من قانون المسطرة المدنية على أنه : « اذا اعتبرت المحكمة أن أحد الاطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية أمكن لها تلقائيا أن توجه اليمين الى هذا الطرف بحكم يبين الوقائع التى ستتلقى اليمـــــين بشـــأنهـــــا .

تؤدى هذه اليمين وفق الشكليات والشروط المنصوص عليها فى الفصل الســـابـــــق » .

ومن هذا النص يتضح أن اليمين المتممة هى التى يوجهها القاضى من تلقاء نفسه الى أحد الخصمين ليكمل بها دليلا فى الدعوى غير كاف ، اى ليتمم بها اقتناعه اذا كانت الادلة المقدمة فى الدعوى لا تكفى للوصول الى حـــد الاقتنــــاع .

والقاضى لا يتقيد بتوجيه هذه اليمين ، ولا بأدائها ، وقد لا يـــؤدى الالتجاء اليها الى تنوير القاضى ، بل ان القاضى قد يتجه فى النهاية الـــى ما يخالف دلالتها . وهذه القيمة المحدودة لليمين المتممة جعلت بعض الفقهاء يتشككون فى جدوى تنظيمها . غير أنها مع ذلك تنطوى على فائدة محققة ، فهى نظام من أنظمة العدالة يمد القاضى بالمعونة حين يشعر بالحاجة اليها . وقد أحاطها الشارع بضمانات يجب أن تتوفر حتى يمكن توجيهها ، وجعل للقاضى سلطة تقدير ما اذا كانت هناك ضرورة لهذا التوجيه . وبذلك أضحت وسيلة لعلاج مساوىء تقييد الاثبات وللتخفيف من حدة مبدأ حياد القاضى ازاء دعاوى الخصوم فهى احدى السلطات التى أعطيت للقاضى لاستكمال عناصـــر الاقتنـــاع (1) .

---

1) الصدة ــ المرجع السابق ــ فقرة 315 .

ويلزم لامكان توجيه اليمين المتممة فى دعوى الا تكون خالية من الدليل ، والا يكون الخصم قد قدم دليلا كاملا على دعواه ، أى يجب أن يكون فى الدعوى دليل ناقص . كبداية ثبوت بالكتابة حيث كان يجب الاثبات بالكتابة أو شهادة ناقصة أو قرينة ضعيفة لم يكمل اقتناع القاضى بدلالتها .

واذا ما وجهت اليمين الى احد الخصمين لم يكن له أن يردها على خصمه الآخر ، لان القاضى هو الذى يوجهها ، وله أن يختار من الخصوم من يطلب اليه الحلف .

الفهرس

صفحة

مقدمة

الباب الاول

القواعد العامة لوسائل الاثبات

الفصل الاول

الفصل الثاني

صفحة

الفصل الثالث

الباب الثاني

وسائل الاثبات (الادلة)

الفصل الاول : الكتابة

صفحة

الفصل الثاني : شهادة الشهود

صفحة

الفصل الثالث : القرائن

صفحة

الفصل الرابع : الاقرار

الفصل الخامس : اليمين

